FRANCISCI M. PECCHII

I. V. D. ARCHIDIACONI

ECCLESIAE CATHEDRALIS PAPIAE

ET IN CELEBERRIMA TICINENSI ACADEMIA JURIS PONTIFICII

PRIMARII PROFESSORIS

TRACTATUS

DE SERVITUTIBUS IN GENERE

OPUS VALDE UTILE ET NECESSARIUM OMNIBUS

PROFESSORIBUS IN FORO VERSANTIBUS, PRO DIRIMENDIS LITIGIIS IN MATERIA

SERVITUTUM ET STILLICIDII

CUM INDICE QUAESTIONUM ET MATERIARUM COPIOSISSIMO

TOMUS PRIMUS

FLORENTIÆ

APUD JOSEPHUM CELLI

MDCCCXXXIX.

INDEX

CAPITUM ET QUAESTIONUM

QUAE IN HOC PRIMO LIBRO CONTINENTUR

UNA CUM ALIIS QUAESTIONIBUS, QUAE INCIDENTER IN EISDEM CAPITIBUS ET QUAESTIONIBUS INCLUDUNTUR.

INDEX CAPITUM ET QUAESTIONUM

CAPUT IV.

De Servitute urbanorum praediorum.

FRANCISCI M. PECCHII

TRACTATUS

DE SERVITUTIBUS IN GENERE

CAPUT PRIMUM

actoturi de servitutibus hanc methodum sequemur, primo loco agemus in genere de materia, quae ad omnes :ervitutes tam personales, quam reales spectare poterit ad eas cognoscendas, proponendo eas quaestiones, juae nos inducent ad earum cognitionem, et quae inservient pro quaestionibus prooemialibus ad totum opus, et uccessive tractabimus de servitutibus personalibus, et tandem de realibus, videlicet de urbanis, et de omnibus, is, quae ad eas spectare possunt. Ultimo tandem de rusticis, et de dependentibus ab eis.

QUAESTIO PRIMA

Quid sint genera servitutum.

SUMMARIUM.

Servitutum tria sunt genera, personales, reales, et mixtae secundum Caepolam.
Servitutes personales sunt in duplici differentia, aliae sunt, quae a persona personae debentur, aliae, quae a re personae debentur; primae dicuntur merae personales, secundae vero mixtae.
Servitutes secundum J. C. in l. 1. ff. de servit. sunt in duplici differentia; aliae sunt personales, ut ususfructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum, et urbanorum praediorum.
Ususfructus est servitus mixta personalis sicuti usus, et habitatio.
Ususfructus sicuti usus, et habitatio dicuntur personales, quia a persona uti digniori suam trahunt denominationem.
Persona est dignior re, et n. 9. et 10.
Legatum factum filiae a patre de domo cum jure transeundi per domum haereditariam dicitur legatum habitationis, et competit etiam ejus viro jus transeundi.
Testator legans jus transeundi per domum haereditariam tamquam pro servitute, dicitur constituisse servitutem ad haeredem transitoriam.
Legatum a patre ejus filiae factum de domo pro habitatione cum jure transeundi per domum haereditariam extenditur ad maritum, sed non transit ad ejus haeredes, et hoc ita interpretatur ratione affectionis filiae.
Servitus personalis est dignior reali.
Omnia quae facta sunt propter personam facta sunt.
Hominem esse in fructu absurdum est.
Fructus omnes facti sunt, propter homines.
Jus propter homines constitutum est.
Servitus est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno subjicitur contra naturam.
Servitute impersonali res, qua quis utitur, non subjicitur dominio utentis.
Usus nudus iisdem modis constituitur, quibus et ususfructus.
Ususfructus quandoque potest esse in persona, sed nihilominus regulatur secundum naturam verae servitutis, veluti operarum.

ria igitur sunt genera servitutum; aliae enim sunt per-iles, aliae sunt reales, aliae mixtae. Haec divisio propo-r per *Caepolum in tit. de servitutib. in genere c. 1. de* ·it. *personali in principio*, et distinguit inter persona-alias esse mere personales, quae a persona personae de-tur, et alias esse personales, quae a re debentur perso-, et istae dicuntur mixtae. Sed mihi placet divisio a J. iddncta *in l ff. de servit.* videlicet, *servitutes, aut per-arum, ut ususfructus, aut rerum, ut servitutes rusti-um praedior. et urban.* Et ita sicuti ususfructus est ser-is personalis mixta, *non vero* mere personalis, ita usus, abitatio, erunt et ipsae servitutes personales; mixtae di-tur tamen personales, quia a persona, quae est dignior, u trahunt denominationem, persona enim est agens, res o patiens *l. pater* 6. *ff. de serv. leg.* haec sunt verba. *Pa-filiae domum legavit eique per domum haereditariam transeundi praestari voluit. Si filiae domum suam hu-t, viro quoque ejus transeundi jus praestabitur, alia-n filiae praestari non videbitur. Quod si quis non usum nseundi personae datum, sed legatum servitutis esse plenum intelligat: tantumdem juris ad haeredem quoque
transmittetur. Quod hic nequaquam admittendum est, ne 8
quod affectu filiae datum est, hoc ad exteros ejus haeredes
transire videtur.* Et ita affectus filiae facit servitutem per-
sonalem, licet res ei debeat servitutem, quod secus esset di-
cendum, si legatam esset servitutem transeundi. Praemittit
autem J. C. servitutem personalem, quia dignior est, nam 9
omnia propter personam facta sunt *l. in pecudum §. absur-* 10
dum ff. de usuris. Absurdum enim videtur hominem in 11
*fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum
gratia comparaverit.* Imo, et jus constitutum est propter
homines, seu personas, *l. 2. ff. de statu homin.* ibi *cum igi-* 12
*tur hominum causa omne jus constitutum sit: primo de
personarum statu etc.* Et ideo frustratoriam existimo alle-
gare personalem mixtam, nam ut diximus ususfructus dicitur
servitus personalis mixta, quia a re debetur personae, prout
usus, et habitatio, ut ait *Flor. de S. Petro in rubr. servit.
et caeteri interpretes.*

Licet ergo Caepola loco supra cit. constituat servitutem
mere personalem, et dicatur illa, qua persona personae ser-
vire debet, juxta dispositionem *tituli ff. de statu hominum,
in l. 3. ubi, quod omnes homines, aut liberi sunt; aut servi,
et instit. tit. de jure personar.* attamen haec servitus non
convenit cum nostro tractatu, in quo agitur de vera servitute
personali, nam tali servitute mere personali habemus domi-
nium personae, qua alteri personae servire debet, probat te-
xtus *in l. libertas* 4. *in versic. servitus, ff. de stat. homin.*
dicendo. *Servitus est constitutio jurisgentium, qua quis do-* 13
minio alieno contra naturam subjicitur. Ideo non quadrat
illa distinctio, alia est servitus mere personalis, haec enim in
praesenti casu ad rem non facit; nam in servitute personali
res, quae personae servit, non subjicitur dominio personae,
cui servit, sed tantum usus ejusdem rei, vel ususfructus; ju-
xta textum *in lege prima, ff. de usu, et habitat.* ibi: *consti-* 14
*tuitur enim, et nudus usus, id est sine fructu: qui, et ipse
eisdem modis constitui solet, quibus et ususfructus.* Licet 15
aliquando etiam ratione operarum quis possit habere ususa-
fructum in persona, attamen illa servitus regulatur ad for- 16
mam verae servitutis personalis, de quibus loquitur *Vesem-
bec. cit. tit. de usufruct. in princip.* et Zoes ibidem. Ususa-
fructus autem est jus utendi, fruendi rebus alienis, ut noto-
rium est, sed earum nullum habet dominium, sed tantum
usumfructum, alias non uteretur rebus alienis.

QUAESTIO II.

Quid sit servitus personalis.

SUMMARIUM.

1. Servitus personalis quid sit.
2. Ususfructus quid sit.
3. Usus est jus utendi rebus alienis ex necessitate utentis, salva rerum substantia.
4. Habitatio quoque iisdem modis constituitur, quibus ususfructus, et usus, et eodem modo definitur.

5. Habitatio ad haeredem non transit neque donari potest sicuti et usus.
6. Legatarius habitationem alteri locare potest, non sic usuarius.
7. Habitatio potest alteri locari.
8. Dominium habitationis est penes haeredem, nisi evidentissimis probationibus probetur quoque legatum esse ipsi legatario.

1 Servitus personalis est jus, quod a re personae debetur in
rebus alienis, ita probat textus in l. 1. ff. de usufruct. ibi:
usufructus est jus alienis rebus utendi, fruendi salva rerum
2 substantia. Usus quoque dicitur jus utendi rebus alienis ex
3 necessitate utentis l. 1. ff. de usu, et habitat. ibi constitui-
tur enim et nudus usus, id est sine fructu, qui et ipse eis-
4 dem modis constitui solet, quibus, et ususfructus. Idem
venit dicendum de habitatione, ut eodem modo constitua-
tur, quo constituitur usus, scilicet ex necessitate utentis;
probat textus in l. si habitatio 10. ff. de usu, et habitat. ibi,
si habitatio legetur, an perinde sit, atque si usus, quaeri-
tur; et effectu quidem, idem pene esse legatum usus, et ha-
bitationis, etiam Papinianus consensit lib. 18. quaestio-
num. Denique donare non poterit, sed eas personas reci-
piet, quas, et usuarius; ad haeredem tamen nec ipsa tran-
5 sit, nec non utendo omittitur.
6 Verum tamen unum est speciale in habitatione quia lega-
tarius, cui fuit legata habitatio, poterit illam alteri locare de
jure codicis. Textus est ad literam in l. cum antiquitas, c.
de usufruct. et habitat. haec sunt ejus verba.
Cum antiquitas dubitat, usufructu habitationis legato,
et primo quidem, cui similis esset, utrum ne usui, vel usu-
fructui, an neutri eorum: sed jus proprium, et specialem
naturam sortita esset habitatio: postea autem si posset is,
cui habitatio legata esset, eamdem locare, vel dominium
sibi vindicare: auctorum Jurgium decidentes compendioso
7 responso omnem hujusmodi dubitationem resecamus. Et
siquidem habitationem quis reliquerit, ad humaniorem de-
clinare sententiam nobis visum est, et dare legatario etiam
locationis licentiam. Quid enim distat, sive ipse legatarius
maneat, sive alii cedat, ut et mercedem accipiat, et multo
magis si habitationis usumfructum reliquerit; cum et ni-
miae subtilitati satisfactum videatur, etiam nomine usus-
fructus addito. In tantum etenim valere habitationem vo-
lumus, ut non antecellat usumfructum, nec dominium ha-
8 bitationis speret legatarius: nisi specialiter evidentissimis
probationibus possit ostendere, et dominium ejus domus
sibi esse relictum: tunc etenim voluntati testatoris per o-
mnia obediendum est. Quam decisionem locum habere cen-
semus in omnibus locis, quibus habitatio constitui potest.
Hoc idem probat textus in §. sed si cui habitatio instit. tit. de
usu. et habitatione. Haec sunt ejus verba. Sed si cui habita-
tio legata, sive aliquo modo constituta sit, neque usus vi-
detur, neque ususfructus, sed quasi proprium aliquod jus,
quam habitationem habentibus, propter rerum utilitatem,
secundum Marcelli sententiam nostra decisione promulga-
ta, permittimus non solum in ea degere, sed etiam, aliis
locare. Et ut latius suo loco, et tempore de singulis discur-
remus, quando de his agemus specialiter, scilicet de usufru-
ctu usu, et habitatione, quomodo constituantur, quantum
tamen, quoad illud, quod attinet ad esse servitutis.

QUAESTIO III.

Quid sit servitus realis.

SUMMARIUM.

1. Servitus realis quae dicatur.
2. Servitutes reales tales dicuntur, quia a re, rei debentur.
3. Sententia in materia servitutum realium non datur personis, sed praediis.
4. Servitus realis quid sit.
5. Incorporalia ea sunt, quae in jure consistunt, et tangi non possunt.
6. Jus utendi, licet res corporales contineant, tamen ipsa tangi nequeunt.
7. Obligationes licet contineant aliquod corporale, quod nobis debetur, attamen sunt incorporales.
8. Servitutes sunt incorporales licet sint jura praediorum.
9. Servitutes tam activae, quam passivae vendito fundo, vel dominante, vel serviente, etiam si de illis nihil dicatur, transeunt in acquirentem.
10. Jura realia transeunt in acquirentem, etiamsi de eis nulla fiat mentio.
11. Confessoria datur habenti servitutem contra quoscumque.
12. Negativa domino servienti adversus servitutem praetendentem datur.
13. Venditor vendens fundum serviendum absque mentione servitutis non tenetur de evictione, nisi fuisset venditus liber, vel optimus et maximus.
14. Vendens fundum non tenetur praestare viam, vel iter ad illum, si non fuit dictum expresse.
15. Servitus est qualitas praedio inhaerens, non autem substantia.
16. Servitus ideo praedio inhaeret, quia sine eo non potest consistere.
17. Pomum decerpere, spatiari, aut coenare in alieno possumus, sed non dicitur servitus.
18. Pactum mihi factum, ut tu non valeas uti, frui in tuo fundo, non valet.
19. Dominum concedens mihi, sibi non esse jus in fundo suo quaerere aquam, minuendae meae gratia, tenetur ad ejus observantiam.
20. Res sua dominio sibi servire potest, quia servitus debet esse in alieno.
21. Socii in re communi jure servitutis neque facere quidquam invicem aliis, neque prohibere, quo minus aliter faciat, possunt.

Servitus realis illa dicitur, quae a re rei debetur, veluti sunt 1
servitutes urbanae, et rusticae, quae a praediis praediis deben-
tur, haec enim non debentur personae sed rei, ideo reales
dicuntur. Textus ad literam in l. unus ex sociis, in versic 2
Quamvis ff. de servit. rustic. praed. ibi, quamvis enim unus-
quisque sociorum solus sit, cui servitus debetur, tamen
quoniam non personae, sed praedio debetur, neque acqui-
ri libertas, neque servitus remitti pro parte poterit. Hinc
quando agitur de hujusmodi servitutibus realibus in judicio, 3
sententia non datur personis, sed praediis textus ad litteram
in l. qui aliena 33. §. uno defendente ff. de negotiis gest.
haec sunt verba. Uno defendente causam communis aquae
sententia praedio datur. Concordat textus in l. via 23. §.
si fundus ff. de servit rust. praed. eam §. sequenti. Defini-
tur autem servitus realis,
Servitus est jus praedio inhaerens utilitatem dominantis 4
augens, et servientis minuens, quam definitionem affert
Bart. in l. 1. ff. de servit. Quae definitio juri communi qua-
drat, nam quod servitus sit jus, et non factum probatur ex §.
incorporales instit. tit. de reb. corpor. et incorporal. haec
sunt verba: incorporalia sunt quae tangi non possunt, qualia 5
sunt ea, quae in jure consistunt, sicut haereditas, ususfru-
ctus, usus, et obligationes quoquomodo contractae. Nec 6
ad rem pertinet, quod in haereditate res corporales conti-
nentur, nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur corpo-
rales sunt, et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur
plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia, 7
nam ipsum jus haereditatis, et ipsum jus utendi, et ipsum
jus obligationis incorporale est. Eodem numero sunt jura 8
praediorum urbanorum, et rusticorum, quae etiam servi-
tutes vocantur.
Dicitur pariter, jus, ad differentiam, nam si esset factum,
non posset dici servitus, tum ideo talis dicitur, quia praedio
inhaeret, et non personae, alias non posset dici realis, ea ratione
quia vendito fundo tam dominante quam serviente, etiam si 9
de ea nulla facta fuerit mentio in contractu, nihilominus tran-
sit cum ipsa in acquirentem, ea ratione, quia jura realia trans-
eunt in acquirentem, etiam si de eis nulla facta fuerit mentio
Bart. una cum textu in l. si aquaeductus 47. ff. de contrah. 10
empt. haec sunt verba: si aquaeductus debentur praedio, jus
aquaeductus transit in emptorem, etiamsi nihil dictum sit
sicut et ipsae fistulae, per quas aqua ducitur, et quod idem
fit dicendum de domino serviente probat idem textus in d. l.
si aquaeduct. et in l. 2. ff. si servitus vindicetur, quia 11
dominanti datur actio confessoria adversus quemcumque qui
negat servitutem deberi haec sunt verba. De servitutibus
in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum, quae
ad usumfructum pertinent, tam confessoria, quam negato-
ria: confessoria ei, qui servitutem sibi competere conten-
dit. Negatoria domino, qui negat. Haec autem in rem actio 12
confessoria, non alii, quam domino fundi competit. Servi-
tutem enim nemo alius vindicare potest, quam is, qui do-
minium in fundo vicino habet, cui servitutem dicit deberi.
Et in terminis, melius probat Venulejus in l. quod ad
servitutes 75. ff. de evict. haec sunt verba. quod ad ser-
vitutes praediorum attinet, si tacite secutae sunt, et vindi-
centur ob alio, Quintus Mutius, et Sabin. extimant, vendi- 13
torem ob evictionem teneri non posse. Nec enim evictionis
nomine, quemquam in eo jure teneri, quod tacite soleat ac-
cedere: nisi uti optimus, maximusque esset traditus fuerit
fundus; tunc enim liberum ab omni servitute praestandum.
Si vero emptor petat viam, vel actum venditorem teneri non
posse, nisi nominatim dixerit accessurum iter, vel actum.
Et vera est Q. Mutii, sententia, ut qui optimum maxi-
mumque fundum tradit, liberum praestet: non etiam deberi
alias servitutes, nisi hoc specialiter ob eo accessum sit.
Et alia plura suis locis dicemus per tex. in l. in vend 66. 14
ff. de controh. empt. Ex eo texto ergo apparet servitutes

etiam passivas sequi acquirentem ejus favore tantum, scilicet, ut serviens teneatur pati acquirentem uti servitute ei competenti.

15 Patet igitur servitutem, esse qualitatem praedii inhaerentem, non autem substantiam. tex. in *l. quid aliud* 86. *ff. de verb. signif. Quid aliud sunt jura praediorum, quam praedia, qualiter se habentia: ut bonitas salubritas, amplitudo?* Et clarius *Glass. ibid.* in verbis *praedia qualiter*.

16 Dicitur quoque praedio inhaerens, quia sine praediis nequit constitui *l. ut pomum* 8. *ff. hoc tit.* ibi. *ut pomum decerpere liceat, et ut spatiari, et ut coenare in alieno possimus servitus imponi non potest*, sed clarius *in l. quoties*
17 15. *ff. de serv.* haec sunt verba. *Quoties nec hominum, nec praediorum servitutes sunt (quia nihil vicinorum interest. non valent: veluti ne per fundum tuum eos, aut ne ibi*
18 *consistas. Idea, si mihi concedas, jus tibi non esse, fundo*
19 *tuo uti frui, nihil agitur, aliter atque si mihi concedas, jus tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere minuendae aquae meae gratia.*

20 Tandem dicitur, *in fundo alieno*, non autem in re sua, quia res sua nemini servit *l. in re* 26. *ff. de servit. urb.*
21 *praed.* ibi, *in re communi nemo dominorum jure servitutis, neq. facere quidquam invito altero potest, neq; prohibere, quo minus alter faciat, nulli enim res sua servit. l. uti* 5. *ff. si usufr. petatur* ibi, *Uti frui jus sibi esse, is solus non potest intendere, qui habet usumfr. dominus autem fundi non potest; quia habet proprietatem utendi fruendi jus separatum non habet; nec enim potest ei suus fundus servire:* de suo enim, non de alieno jure quemquam agere oportet.

QUAESTIO IV.

Quomodo cognoscatur, quando sit constituta servitus realis, vel personalis.

SUMMARIUM.

1. Servitus quando cognoscatur realis a personali, et quando dicatur personalis, et non realis.
2. Pater ratione affectus, quo filiam prosequitur facit judicare jus transeundi personale; ne ad extraneos transeat.
3. Verba testatorum, vel contrahentium diligenter sunt examinanda quando agitur de imponenda servitute.
4. Legatum, lapides caedendi, quando sit transitorium vel non ad haeredes.
5. Lapides caedere natura sua videtur esse servitutem realem.
6. Menoc. de retinen. poss. remed. 6. n. 28. decem casus proponit ad cognoscendam, quando servitus aqued. dicatur realis, an personalis, in quib. septem sunt reales.
7. Servitus realis ad tempus constitui non potest de jure, tamen obstabit pactum, doli facis etc.
8. Servitus aqueduct. potest esse personalis.
9. Servitus aqueduct. indeterminate concessa gratia fundi certificandi, secundum Menoch. videtur personalis, sed contra n. seqq.
10. Servitus aequaeductus indeterminate concessa pro fundo certificando est realis.
11. Servitus aquaeductus futuro aedificio potest, et imponi, et acquiri.
12. Servitus aquaeductus dicitur personalis, si contemplatione personae acquiratur, non fundi.
13. Servitus aquaeductus concessa ei, qui nullum habet fundum, videtur personalis secundum Menoch. vel secundum aliquos jus personale.
14. Servitutem personalem habenti competit actio confessoria, secus habenti personale.
15. Jus personale tunc dicitur constitutum quando verba contractus sonant in factum, seu ut alii volunt servitutem personalem vide n. 21.
16. Servus stipulans sibi ire agere licere dicitur stipulatus factum, ut concedens ei prohibere non potest, sed domino ejus sic, illud enim pactum non excedit servi personam.
17. Concessio principaliter respiciens personam, praecipue accedente affectione ex parte concedentis, dicenda est jus personale.
18. Causa propter quam fit concessio est ponderanda, et attendenda, nam et demonstrabit an servitus sit realis, vel personalis, seu obligatio ipsa contracta.
19. Promittens non facere fenestram in suo pariete non dicitur servitus realis, sed pactum personale non transiturum ad haeredes, vel successores singulares etiam sub aliqua poena.
20. Pactum personale est quidem transiturium ad haeredes promissoris vivente stipulatore, non vero ad haeredes ejusdem stipulatoris, eo mortuo.
21. Obligatio personalis non sequitur possessorem, neque dicitur servitus realis.
22. Promittens quis de fundo suo centum millia modia frumenti annua praestare pro praedio Caii Seii: si promissor vendat talem fundum cum hac clausula, quo jure, quaq; conditione ea praedia hodie sunt, ita veneant, itaq; habeantur, an emptor Caio Seio illa centum millia praestare tenetur? respondetur negative.
23. Servitus an sit realis an personalis, in dubiis est judicanda personalis, seu jus personale.
24. Res quaelibet praesumitur libera, nisi probetur serva.
25. Servitus est stricti juris, uti a jure exorbitans et ideo stricte interpretanda, et debet potius referri ad factum, quam ad jus.
26. Verba dubia in civilibus, vel in criminalib. sive aequivoca, quae possunt referri ad factum, vel ad jus, referenda sunt potius ad jus; secus in materia prohibitiva.
27. Injuriam vindicari velle, intelligitur de jure, non de facto.
28. Servitus an dicatur realis, an personalis adducitur pulchra doctrina castrensis.
29. Extraneus ire per domum haeredis est quid inhonestum.

Saepe numero contingit, quod licet agatur de servitute rea- 1
li, quia agitur de duobus praediis, sive urbanis, sive rusticis, verum tamen contingere potest, ut legatum, vel pactum, aut servitutis constitutio dicatur potius obligatio personalis, seu concessio personalis, licet tractetur, verbi gratia de servitute transitus. Exemplum esse potest *in l. pater* 6. *ff. de servit. legat.* ex qua habentur haec verba. *Pater filiae domum legavit, eique per domum haereditariam jus transeundi praestari voluit. Si filio domum suam habitet. viro quoque ejus transeundi jus praestabitur: alioquin filiae praestari non videbitur.* Certum est adhuc in hoc legato non excludi servitutem realem. sed tantum personalem, licet textus dicat, *jus transeundi praestari voluit*. hoc autem aperte deducitur ex subsequentibus verbis ejusdem textus, videlicet. *Quod si quis non usum transeundi personae datum, sed legatum servitutis esse plenum intelligat: tantumdem juris ad haeredem quoque transmittetur. Quod hic nequaquam*
admittendum est, ne quod affectu filiae datum est, hoc et 2
ad exteros ejus haeredes transire videatur. Licet enim prima facie videatur legatum jus transeundi plenum filiae; verum tamen non ita est, sed legatus tantum est usus transeundi. non autem servitus, eo fundamento, ne ratione affectus filiae propter quem factum est legatum filiae ipsius jus transeundi, tale jus extendatur ad extraneos contra patris voluntatem. Ideo subtiliter est procedendum in facti contingentis. et testatoris verba sicuti et contrahentium diligenter sunt 3
examinanda, quando agitur de imponenda servitute super fundo alieno, an verba sonent solummodo in factum. an in jus, et praecipue quando in legato ex parte legantis potest cadere aliqua affectio, ratione cujus legans ad ita legandum motus fuerit. augetur dubium in *leg. idem julian.* 41. *§. si*
quis alicui. ff. de legat. 1. ubi, *si quis alicui legaverit, la-* 4
pides caedere. quaesitum est. an, et ad haeredem hoc legatum transeat. Et Marcellus negat, hoc legatum ad haeredem transmitti; nisi nomen haeredis adjectum legato fuerit. Et tamen constat lapides caedere natura sua esse ser-
vitutem praedialem. *l. ergo* 5. *§. Neratius cum l. sequent.* 5
ff. de servit. rustic. praed. haec sunt verba. *Neratius lib.* 7. *ex Plautio ait. nec haustum nec appulsum pecoris, nec cretae eximendae, calcis coquendae jus posse in alieno esse nisi fundum vicinum habeat, et hoc Proculum, et Atticinum existimasse ait: sed et ipse adjicit, ut maxime calcis coquendae, et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit;* ergo cum servitus respicit personam, non constituitur servitus realis, sed personalis, et de hac quaestione plura diximus in nostro primo libro de aquaeductu c. 1. *q.* 2.

Circa hanc quaestionem ejusque resolutionem, *Menoch.* 6
de retin. poss. reme. 6. *n.* 18. proponit quaestionem quando aquae ductus servitus dicatur realis, an personalis, in qua decem casus constituit ad cognoscendam an sit realis, an vero personalis, inter quos major pars eorum videntur ita de se clari, ut dicatur constituta servitus realis. Quis enim non videt, si concedatur aquaeductus ex uno praedio ad aliud expresse, dicendo causa irrigandi illud praedium, esse realem servitutem vel si dictum fuerit in concessione, vel contractu concedere jus ducendi aquam ex fundo meo, vel ex eo flumine ad fundum Sempronianum esse realem, vel, si dictum fuerit concedere servitutem aquae ducendae ad irrigandum praedium vicinum, cum hac tamen limitatione, ut eum persona acquirente finiatur, et hanc esse servitutem realem, quia
ad tempus constitui nequit, *l. servitutes* 4. *ff. de servit.* ibi, 7
neque ex tempore, neq; ad tempus neque sub conditione constitui possunt. Veruntamen tunc obstabit pactum agenti, per illa verba, *per pacti, vel doli exceptionem occurretur contra placitum servitutem vindicanti.* Vel si concedatur aqua, ut eam in domo mea ducam pro balneo ibi constructo hanc quoque esse realem servitutem; quia balnea non tantum fiunt gratia personae, sed etiam pro domus commoditate, sicuti est puteus. Vel tanto magis dicetur realis si concedatur aqua pro piscaria, vel cisterna, quia respicit fundi utilitatem et vel si concedatur aqua ad irrigandum hortum meum, eam realem esse. Vel quando aqua concessa est civitati, vel Oppi-

do ut in foro sit pro fonte ad beneficium commune totius
populi, pariter esse realem; et hic septem sunt casus.

Octavus vero includit in se non modicam difficultatem,
videlicet si in conventione dictum fuisset, concedo tibi facul-
tatem ducendi aquam, quando nihil aliud addatur, quod
possit eamdem concessionem se habere ad realem tunc referri
videtur ad personam, ideo dicetur personalis, nec circa hoc
est mirandum in servitute aquaeductus, nam non omnes
8 aquaeductus dicuntur reales servitutes, sed etiam personales
ad formam textus in *l.* 1. *§. praeterea ff. de aqua quotid. et
aestiv.* in haec verba. *Praeterea, Labeo scribit, et si qui-
dem ductus aquarum non sint fundi, quia quocumque duci
possunt: tamen ad hoc interdictum pertinere*: explicat *gla.
ibidem*, in verbis. *Non sint fundi, idest non sit servitus
fundi, quae non cohaeret solo, sed opus manufactum li-
gneum, vel lapideum, unde ducitur, non est servitas fundi,
sed aliud jus*: veruntamen etiam pro tali jure datur inter-
dictum de aqua quotidiana, vel aestiva, dicit textus, licet
ipsemet Menochius dubitat, an sit jus personale an vero rea-
le, ea ratione, quia aquam ducere non videtur continere fa-
ctum, quod ipsamet persona explicare possit, et idem dicere
videtur de aquae haustu, et lapides caedendi, nisi ait ipse
dicamus talem concessionem respicere personam, et hoc ve-
rum existima attento dicto *§. praeterea*, ut supra extenso.

9 Prosequitur postea Menochius adducendo novum casum,
quando nempe servitus aquaeductus indeterminate concedi-
tur, gratia fundi certificandi per eum, cui facta fuit conces-
sio, quam servitutem non realem, sed personalem illam deno-
minat; veruntamen videnda sunt, quae diximus in *primo li-
bro*, *quae aquaeductu cap.* 1. *q.* 3. ubi proposuimus hanc
eamdem quaestionem ad interpretationem *leg. Lucius ff. de
servit. rustic. praedior.* ad quem textum dedimus responsum,
et postea adduximus argumenta, quae cum sententia Meno-
chii transeunt, et tandem proposuimus nostram conclusio-
10 nem, talem concessionem factam pro fundo certificando esse
realem, fundati in *leg. si servitutes* 22. *§. futura ff. de ser-
vit. urbon. praedior.* in haec verba. *Futuro quoque aedifi-
cio, quod nondum est, vel imponi, vel acquiri servitus pot-
11 est*, et clarius in *l. Labeo* 10. *ff. de servit. rusticor. prae-
dior.* in illis verbis. *Nam scilicet nondum aedificato aedifi-
cio servitutem constituere.* Imo ex *eadem leg. Labeo* aliud
argumentum efficax deducitur contra Menochium, nam sicu-
ti licitum est, aquam quaerere, ut inventam ducere. sequitur
postea text. dicendo *quare non aeque liceat, nondum inven-
ta aqua, itid. constituere servitutem*, et ita casus iste Me-
noc. sustineri non potest, quando expresse constat, aquam
requisitam fuisse pro fundo certificando, et videnda, quae
diximus supr. loco citato, quia valde probant, et ad ibi dicta
me remitto.

Vel ad salvandum Menoch. cum aliis ab eo adductis possu-
mus ejus intentionem interpretari ex ratione sua, quam ad-
ducit ad probandum esse servitutem personalem, *quia*, ait
12 ipse in haec verba. *quoniam juris sententia, ea ratione nititur,
quod non praedii contemplatione, sed personae facta est.*
Atqui intendit acquirere servitutem pro fundo certificando,
non contemplatione personae, sed rei fecit acquisitionem, et
ideo dicetur realis, et ut latius apparet ex dicta nostra tertia
quaestione *supra cit.* non obstantibus iis, quae adducit *Me-
noch* in dicto nostro casu, quibus patet responsio ex eadem
quaestione, illa recte ponderanti.

Sequitur postea idem Menochius ad decimum casum,
in quo facta fuit concessio aquaeductus ei, qui nullum fun-
13 dum habet, quo in casu ait, *omnes* interpretes tenere, hanc esse
servitutem personalem, vel secundum aliquos, jus personale;
sed circa hanc difficultatem videnda sunt, quae scripsimus
dict. lib. 1. *capite prima*, *quaest.* 2. *ubi n.* 100. *usque ad
n.* 104. contra Castillum de usufructu *libro* 1. *cap.* 49. *n.*
14 22. affirmantem esse servitutem personalem; nos sustinuimus
esse jus personale per ea, quae ibi dicta sunt; nam habenti
servitutem personalem, competit actio confessoria contra
quemlibet, et uti impedientem, quibus stantibus.

Nostram constituimus conclusionem *cum Bart. in d. l.
Lucius* 37. *ff. de servit. rusticor. praedior. et in leg. pater
filiae* 6. *n.* 4. *ff. de servit. legat.* quam doctrinam amplexi
sumus *in dict. quaest.* 2. *n.* 11. *d. lib.* 1. *capite primo, de
15 aquaeduct.* quando verba contractus, vel concessionis sonant
in factum, tunc dicendum esse jus personale, seu ut alii vo-
lunt servitutem personalem; exemplum deducitur ex *leg.
stipulatio ista* 38. *§. hi qui ff. de verbor. obligat. juncto §.
sed cum factum instit. tit. de stipulat. servor.* nempe servus
stipulatus erat, sibi ire agere licere, quia est factum, con- 16
cedens ei prohibere non potest, secus ejus domina, nam tale
pactum non excedit servi personam, et si agatur de personali
servitute, vel quotiescumque concessio principaliter respice-
ret personam tanto magis accedente affectione ex parte con- 17
cedentis judicandum esse jus personale non transmissibile ad
haeredes, prout loquitur textus *in dicta lege pater filiae* 6.
supra extensa; hanc nostram conclusionem erudite probat
*Florian. de S. Petra in dicto lege ut pomum, sub numero
prima* attendendam esse, ac ponderandam formam obligationis, 18
an in se contineat aliquam causam, propter quam facta sit
obligatio illa, vel cautio, et dat exemplum de eo, qui sub cer-
ta poena promisit, non facere fenestram in muro domus suae, 19
si vendidit domum, ait, ibi, emptorem posse in eo muro fa-
cere fenestram, quia non adest causa, ob quam ita cavit,
propter quod emptor non remanet obligatus observare tale
pactum. Sicuti etiam hoc probat *idem Flor. de S. Petro in leg.*
in qua *Lucius Titius a ff. de servitut. rusticorum praediorum*,
adversarii fundant suam intentionem, ad probandam conces-
sionem, etiam si agatur de fundo certificando esse obligatio-
nem mere personalem, quae decisio non militat contra no-
stram doctrinam supra allatam de acquirenda servitute pro
fundo certificando esse personalem, non realem, seu potius
obligationem personalem: nam perbelle idem Florian, et con-
firmat nostram hanc conclusionem, et defendit tacite dictam
nostram doctrinam de fundo certificando in haec verba. *Nota
quod concessio indeterminata respectu fundi dominantis,
judicatur obligatio personalis: videbatur autem contra;
quia ex quo conferebatur usus ad arbitrium Caii Seii, vi-
debatur hic pendere ab ejus determinatione, eum esse per-
sonalem, vel realem: contrarium tamen hic deciditur, quia
ista verba excedunt naturam servitutis realis; unde legis
interpretatio quandoque refraenat potestatem liberi arbi-
trii*, per quae verba confirmatur nostra doctrina pro fundo
certificando constitui realem servitutem, quia non adest illa
potestas libera in acquirentem aliunde aquam ducendi. nisi
ad fundum certificandum. Merito sequitur dicendo *Gloss.
ubicumq. ibi (quod est personale jus.) Et sic patet, quod
additio unius verbi in contractu quandoq. diminuit. Si
enim fuisset simpliciter dictum, quod aqua duceretur ad
domum: servitus fuisset realis, quia terminaretur ad prae-
dium: sed quia additum fuit, aut ubicumq. jus. Ex hoc pa-
tet, quod ex qua praedia terminaretur ad non praedium,
judicatur servitus personalis: et sic cum persona sumitur,
alias finitur.* haec Florian. et diligenter ponderanti dictum
Florian. magis apparebit veritas utriusq; confirmationis,
nempe concessionem simpliciter pro fundo certificando sonan-
te in jus reale, et concessione, *ubicumque* in personalem, et
dictum Florian. probat *Padilla in l. et in provinc. c. de
servit. et aqua n.* 27. in haec verba: *sed si quis promittat
vicino se non aperiturum aliquam fenestram in pariete,
deinde domum illam alienet, an emptor possit fenestram
aperire. Et speculator in tit. de empt. et vend. §. sciendum
n.* 24. *existimat licere emptori fenestram in domo empta
operire idem Flor. in l. pomum, et in l. lucras. n.* 2. *quo-
niam obligatio quaedam personalis hic videatur constituta,
non servitus realis, sed si ratio esset expressa in hujus ser-
vitutis constitutione, et quia dixisset promissor se fene-
stram non aperiturum, ne mulieres vicini sui offenderet,
ne ejus luminibus officeret, tunc jus reale videri constitu-
tum, quod et ad emptorem transiret* et pariter *idem Pa-
dilla sub n.* 28. *vers. quare melius.* confirmat dictum Flor.
d. l. Lucius dicendo. *Quare melius gl. in proprio loco exi-
stimans personalem ibi fuisse constitutam servitutem. Quo-
niam ita concesso fuit, digitum aquae tibi, et tradu. et
donoque in domum suam, aut ubicumque vis, quae verba
satis significant, non huic praedio, vel illi, sed personae
Caii Sei fuisse concessam servitutem ex indeterminata illa
concessione; veruntamen respectu haeredum Lucii Titii
est ad haeredes transitoria, ita Padilla.* Infertur ergo, ad 20
hoc ut dici possit constituta servitus realis, requiri, ut con-
stet de utilitate praedii dominantis, de qua in illis adhuc non
constat ait idem Padilla loco citato.

Praeterea ad corroborandam pariter nostram conclusionem, 21
obligationem personalem non sequi possessorem. neque dici
realem, sed personalem, adduco textum *in l. Titius* 81. *§.
Lucius Titius. ff. de contrah. emptio.* in haec verba. *Lu-* 22
*cius Titius promisit de fundo suo centum millia modiorum
frumenti annum praestare pro praediis Caii Sei: postea
Lucius Titius vendidit fundum, additis verbis his, quo ve-*

re, quaq; conditione ea praedia Lacii Titii hodie sunt, ita veniant, itaq; habebantur. Qanero an emptor Cajo Sejo ad praestationem frumenti sit obnaxius? Respondit emptorem Cajo Sejo, secundum ea, quae praponeretar, obligatum non esse. Non alia ratione, uisi quia obligatio contraeta est intuitu personae, ideo illam non egreditur, *ut not. gl. in d. ꝟ. Luc. Tit. in verbis non esse. per text. in l. 1. ꝟ si haeres ff. ad Trebell. et in l. si fideic. ꝟ. tract. ff. de jud.*

23 Hine quando versaremur in dubiis, an esset inducta servitus realis, an vero personalis, judicandum potius esse inductam tantum esse personalem, seu jus personale juxta textum *in d. l. Lucius Titias ff. de servit. rusticor. praedior. ubi etiom Florian. in princip. in versic. Nota*, quod et hoc magis comprobavit, quia quaelibet res praesumitur libera, nisi probetur serva, probant omnes interpretes in *leg. altius 8. c. de servit. et aqua et in specie Augustin. Barbos. n. 13. Castil. de usufr. cop. 7. n. 10. lib. 1.* Servitus autem
25 est strieti juris uti a jure exhorbitans, et ideo stricta fit interpretatio, et verba striete sunt intelligenda, et omissum habetur pro omisso. Idem interpretes, et auctores citati, et ideo potius sunt referenda ad factum, quam ad jus in materia servitutum.

26 Caeterum, in aliis rebus, veluti in civilibus, vel in criminalibus, quando verba sunt dubia, vel aequivoca, vel possunt referri ad factum, vel ad jus. debent referri ad jus non ad factum in civilibus, et in eriminalibus, veluti si quis velit de aliqua injuria vindicare, intelligitur de jure, non de facto
27 copiose scribit *Costa de fact. scientia, et ignor. 59. n. 1. et seqq.*

Quod tamen limitatur in materia prohibitiva, in qua ineluditur quoque factum, unde prohibitus inferre molestiam, ineluditur etiam molestia facti, non juris. *ita Costa loco cit. n. 5.*

Quare hanc nostram quaestionem existimo concludendam
28 esse cum Paulo Castrens. in *d. l. Lucius Titias* in haec verba. *Et adverte ad unam distinctionem valde notabilem, et singularem, quando dubitatur an aliqua concessio dicatur servitus praedialis, quia non fuit dictum expresse jure servitutis. Nam aut sonat in simplex pactum, puta concedo tibi ire, agere per fundum meum, vel inde arenam, vel saxum fodere, vel evellere: isto enim verba infinita sonant in actum facti, et tunc non est concessio realis, etiamsi facta fuerit occasione predii, sed est personalis ut l. apud Julian. ꝟ. si quis alicui ff. de legat. 1. et probatur in l. e. ꝟ. item si in facto ff. de verb. oblig. ubi dicitur quod est stipulatio facti, non dationis: sed si contineret servitutem, diceretur etiam dationis, quia servitus datur, et in alium etiam transfertur sicut dominium, ad quod etiam vide quod notat Bart. in l. stipulatio ista ꝟ. si quis ita ff. de verb. oblig. et idem si verba consonantia in actum referuntur ex parte concedentis, puta promitto tibi non tenere fenestram in pariete meo, ut non sit servitus: et sic alienas emptor poterit tenere fenestram, quia non transit cum hoc onere, ita determinat specul. notabiliter in tit. de empt. et vend. ꝟ. 1. versic. pone. P. cavit vicino. Aut verba concessionis sonant in jus, ut concedo tibi jus eundi per fundum meum, vel aquam ducendi: et tunc aut respecta fundi sui certi, et dicitur servitus praedialis ab utraque parte ut supra l. proxima. l. pecoris. cum l. sequent. ff. de servit. rusticor. praed. nisi qualitas personae ejus, cui fit concessio, et qualitas ejus, quod conceditur, videntur in contrariom, ut leg. pater filiae. 6. ff de servit. legat.* ad cujus dicti comprobationem, ultra Castrensem adduco aliam pulcherrimam decisionem Jasonis in *l. e. ꝟ. item si in facto n. 7.* deductam ex eadem *leg. pater filiae* in haec verba. Exemplum duo fratres dividunt inter se paternam domum communem, cum pacto, quod unus habeat jus hauriendi aquam ad puteum alterius, si iste frater alienaret partem suam domus alteri, non transiret jus hauriendi aquam ad emptorem, quia quamvis istud sit jus reale, tamen ex qualitate personarum, et loci praesumitur personale. Textum habes valde notabilem exemplificantem. in *leg. pater filiae.* et quod ibi notat *Bart. ff. de servit. legat.* et in rei veritate, in d. l. adsunt haec verba, *jus transeundi praestari voluit*, et nihilominus dicitur personale, ut ibi.

Quod vero ibi notat Bart. haec sunt. *n. 1. ex qualitate rei legatae, et personae legatarii praesumitur legatum servitutis magis factam contemplatione personae.* et paulo inferius. postquam apposuit, quod quando via simpliciter relinquitur. sit servitus realis, nec est distinguendum, ait Bart. an sit iter per alium locum, vel non, ut supra eadem, *l. si fundum*, et *infra l. proxima ff. de servit. legat.* quis adhoc respondet, dicendo; *fateor quod in dubio videtur relinqui servitus realis*, sequitur dicendo *Fallit. si ex qualitate per-* 29
sonae legatarii, et ex qualitate rei aliud praesumitur ut hic: hic enim relinquebatur via filiae suae, et per domos haereditorias, et sic non erat inhonestum, quod filia incederet per domos patris, sed quod extraneus iret per domos haeredis, ut videret ejus secreta, non esset conveniens. l. 2. c. quib. et quibus quarta pars debe. et sic videtur hac magis relinquere contemplatione personae, quam constituere jus reale, hoc Bart. haec volui subjicere, quia valde quadrant ad intelligentiam hujus materiae, modo prosequamur Pauli Castrens. discursum.

Aut fit non respecta certi fundi, sed respectu fundi certificandi per eum, cui fit, et tunc dicitur concessio personalis, prout est casus notabilis hic, et vide Bar. in d. l. pater filiae. Sed quid si sonant in potentiam, puta, ut possis, vel non possis? Responsio puto dicendum, quod si negat jure, puta, concedo tibi, ut ego non possim aedificare in meo altius, ne luminibus tuis officiam, et tunc erit servitus, postquam aufero mihi potentiam, et sic jus aedificandi. ut l. altius ff. si servitut. vindicetur, vel affirmative, et tunc, aut per nomen quod significat substantiam: ut puta, concedo potentiam eundi, vel aquam ducendi de fundo meo: et idem: aut per verbum, quod significat actum ut concedo tibi. quod possis ire, agere per fundum meum: et tunc erit concessio personalis, quia sonat duntaxat in fact. ut d. l. e. ꝟ. si in facto de verb. oblig. idem si fiat per verbum facultatis, ut concedo tibi facultatem eundi. Tene menti perpetuo, quia isto sunt necessaria pro tota materia servitutum. Et ideo sis cautus, qualiter facias concipere verba instrumenti; quia isto sunt magni effectus propter ea, quae dixi de transact. in singularem successorem, haec Castrensis.

Adverte tamen humanissime lector, ne inficias mihi ipsi esse contrarium, in eo quod diximus, quando quis stipulatus est sibi jus ducendi aquam pro fundo certificando sustinuimus hic et in *d. 3. q. cap. 1. lib. 1.* de aquaeductu esse jus reale, seu servitutem realem, cum ibi loquimur de acquisitione in specie facta servitutis aquaeductus pro fundo certificando, hic vero Paulus de Castro loquitur secundum dispositionem *l. Lucius* ubi et ipse concedit, si non fuisset adjectum illud verbum, ubicumque sed tantum permansisset concessio in illo verbo, domum, dicenda fuisset realis, non personalis, verba ejusdem sunt clara, et sunt,

Jus aquae fluentis (isto verba faciunt, quod isto concessio importaret servitutem praedialem, quae dicitur jus, non facultas mera ut infra tit. proxim. l. 2. in fin. sed quia talis servitus requirit certam fundum dominantem, hic non erat dare certum, quia concessit, ut ducas in domum tuam, aut ubicumq; vis propter hoc ultimam reputatur potius personalis concessio, quae habet similitudinem cum usu, et sic non transibit ad haeredes suos, nec ad singularem successorem. Ex parte vero concedentis quousque vivat ille, cui facta est concessio non videtur extingui per mortem ejus; sed transire in haeredes, etc. et ita nihil contra nos, qui loquimur de eo acquirente qui hoc animo aquam acquirit, ex intentione fundi certificandi, non ut quocumque voluerit, illam ducat, et nos fundamus nostram intentionem, in illa lege, quod aedificia futuro possumus acquirere servitutem, ut latius diximus in *d. 3. q. d. c. 1. lib. 1. de aquaeductu*, et ad ibi dicta me remitto pro sustentatione nostrae propositionis. *ubi n. 21.* diximus in contractibus non solum attendendam esse concessionem, seu promissionem, sed etiam causam.

QUAESTIO V.

An servitutes sint dividuae, an individuae.

SUMMARIUM.

1. Servitutes an sint dividuae, an vero individuae.
2. Servitutes reales natura sua sunt individuae.
3. Obligationis natura per haeredum conditionem non immutatur.
4. Haeredes singuli insolidum tenentur, quando res promissa divisionem non patitur, loquendo de haeredibus promissoris, sed uno praestante solidum, ab aliis petitionem habebit judicio famil. erciisc.
5. Haeredes stipulatoris insolidum quoque habent singuli actionem.
6. Haeres promissoris, si prohibeat stipulatori, ne ire, vel agere possit, si sint plures, et unus tantum prohibeat, si adjecta est poena, insolidum committetur, sed qui non sunt prohibiti, doli mali exceptione removentur, si vero nulla poena est adjecta, pro parte ejus tantum.

7. Rigor juris non attenditur quandoque in stipulationibus, sed aequitas.
8. Servitutes reales ideo dicuntur individuae, quia pro parte deduci nequeunt in obligationem, sed vide n. 12.
9. Servitus, quamvis tantum promissa, nihilominus est individua secundum juris dispositionem.
10. Individuum dicitur illud, cujus pars non affert tantam utilitatem respectu partis, quantam afferret totum respectu totius.
11. Servitus realis est individua tum respectu fundi dominantis, tum respectu servientis.
12. Servitutes ideo dicuntur individuae, quia earum usus est individuus.
13. Obligatio constituendi servitutem non potest inter haeredes dividi, sed unusquisque insolidum, idem inter haeredes stipulatoris.
14. Promittere quis potest servitutem realem, qui fundum non habet.
15. Judicium familiae erciscundae quomodo locum habeat inter haeredes solidum possidentes, et haeredes obligatos, hic explicatur, intrat enim officium judicis.
16. Haeredes ad invicem tenentur praestare cautionem in casu contraventionis.
17. Servitutes personales et ipsae sunt individuae, excepto usufructu.
18. Habitatio, an sit servitus dividua, an individua. vide n. sequenti.
19. Habitatio est quidem servitus personalis, sed dividua.
20. Usuarius quibus fructibus uti potest.
21. Usuarius non debet impedire fundum proprietario, seu haeredi, cujus ipse habet usum, in eo colendo, nec illum alteri vendere, vel locare potest.
22. Usuarius potest in domo habitare cum ejus uxore, et liberis; et famulis, et etiam hospitem recipere.
23. Mulier usuaria domus ibi quoque habitare potest cum ejus marito.
24. Servitutes consistunt in usu.
25. Habitatio potest alteri locari prout sit in usufructu.
26. Ususfructus est dividuus.
27. Inclusio unius est exclusio alterius, sed vide n. 30.
28. Leges excludunt tantum ususfructum ab individuitate; caeteras vero servitutes esse individuas, et per consequens habitationem esse individuam.
29. Habitatio de jure digestorum erat individua, secus de jure codicis, quia de jure ff. habitatio non poterat alteri locari.
30. Regula unius, exclusionem esse alterius inclusionem, procedit, quando in excluso militat eadem ratio, quae in incluso, vel quando ad unum effectum operetur contrarium, vel quando constat de mente.
31. Usus quandoque pati potest divisionem.
32. Usus quandoque fit ususfructus, videlicet quando Usuarius nihil perciperet, veluti in usu sylvae legato, cujus fructus vendere potest.
33. Stipulatio ambigua est interpretanda, ut valeat.
34. Verba testatoris, vel concedentis viam quandoque improprientur, ut valeant.
35. Proprietarius parte domus vacua uti non potest, licet Usuarius ea non utatur, quia forsan alio tempore eam habitare poterit.
36. Usus licet sit ex necessitate utentis, tamen non ita metaphysice est intelligendum, sed secundum legis tenorem, testatoris, vel concedentis.
37. Fructus naturales licet superabundent usuario, attamen omnes eidem debentur.
38. Usuarius utens non plus debito, officio judicis cogitur uti qualiter debeat, sed vide n. sequenti.
39. Usuarius non utitur plus debito usu, capiendo omnes fructus naturales, sed si impediret proprietarium fundum illum colere, et ita loquitur lex divus. §. non legato. ff. de usu et habitat.
40. Fructus super abundantes usum quare dimittendos esse proprietario vel domino, id gratis asseritur, ut demonstratur hic per exempla.
41. Ususfructus secundum Castill. de usufructu. cap. 31. videtur dicendus et ipse individuus.
42. Fructus non potest esse sine usu.
43. Usus sine fructu esse potest.
44. Ususfructus duobus modis considerari potest, et quomodo, primo quatenus est jus quoddam incorporale, et tunc dicitur individuus.
45. Usus in usufructu accipitur pro commodo.
46. Servitus servitutis esse non potest.
47. Usus si consideretur quoad personam est individuus, si vero quoad res in quibus usus consistit, est et ipse dividuus, vide sub n. 47.
48. Usuarius non debet esse impedimento proprietario, nec proprietarius usuario.

1 Servitutes reales, non est dubium, esse individuas, textus ad litteram *in leg. stipulationes non dividuntur 72. ff. de verbor. obligat.* haec sunt verba. *Stipulationes non dividun-*
2 *tur earum rerum, quae divisionem non recipiunt: veluti viae, itineris, actus, aquaeductus, caeterarumque servitutum:* et textus *in leg. 2. §. ex his igitur. ff. eodem tit. ex iis igitur stipulationibus, nec haeredes quidem pro parte solvendo liberari possunt, quamdiu non eamdem rem omnes dede-*
3 *rint. Non enim ex persona haeredum conditio obligationis immutatur, et ideo si divisionem res promissa non recipit,*
4 *veluti via, haeredes promissoris singuli in solidum tenentur. Sed quo casu unus ex haeredibus solidum praestiterit: petitionem habebit a cohaerede familiae erciscundae judicio. Ex quo quidem accidere posse Pomponius ait, ut et stipu-*
5 *latoris viae, vel itineris haeredes singuli in solidum habeant actionem.* concordat pariter textus in *l. viae 17. ff. de servit. viae itineris. actus, aquaeductus pars in obligationem deduci non potest: quia usus eorum indivisus est. Et ideo si stipulator decesserit pluribus haeredibus relictis, singuli in solidum viam petunt. Et si promissor decesserit pluribus haeredibus relictis, a singulis haeredibus solida petitio est.* Tandem idem probat textus in eadem *l. 2. §. fin.* in haec verba. *Contra autem si stipulator decesserit, qui stipulatus erat sibi, haerediq. suo ire, agere, licere, et unus ex haeredibus ejus prohibeatur, interesse dicemus, utrum in solidum stipulatio committatur, an pro parte ejus qui prohibitus est. Nam si poena stipulationi adjecta sit, insolidum* 6
committetur stipulatio, sed qui non sunt prohibiti, doli mali exceptione summovebuntur. Si vero poena nulla apposita sit, tunc pro parte ejus tantum, qui prohibitus est, committetur stipulatio. Et quando adest poena prohibitus non petet totam poenam, sed pro parte, et pro suo jure, et interesse, *ita explicat. gl. ibid.* in verbo, *except. et gl. ibid.* reddit rationem, quia recditur a juris rigore, et amplectitur 7
aequitas. probat tex. *in l. si servos 9. §. si plurium. ff. si quis caut.* in illis verbis: *quia verum sit, omnes status non esse verum si pro rata portione unius afferatur poena, exceptione doli usurum eum, qui ex hac stipulatione convenitur.*

Bart. aut in l. stipulationes non dividuntur, reddit rationem, quare servitutes reales dicantur individuae *numero secundo*, ubi plures alios congerit *Jason. numero 14. Aleiat. n. 11. Anton. Gomez. variar. resol. tom. 2. capite 10. de individuis numer. 15. vers. servitus vero realis*, quia ser- 8
vitus non potest pro parte promitti, nec deduci in obligationem, ut ex legibus supra citatis et extensis, videlicet *dicta lege stipulationes non dividuntur*, imo tradit idem auctor, servitus etsi tantum fuerit promissa, nihilominus dicitur in- 9
dividua omni respectu, hoc est etiam secundum juris dispositionem *sub eo versic.* in illis verbis. *Secundum juris dispositionem*, ea ratione, quia est regula tuta, et vulgata illud dici individuum, cujus pars non affert tantam utilita- 10
tem respectu partis, quantam afferret totum respectu totius, *cap. in executione §. secunda ad opus. ff. de verbor. obligat.* ibi quia operis effectus in partes scindi non potest, et plures alios textus adducit, ut ibi et arguendo a partium enumeratione, probat dictam regulam veridicam, tum ex parte fundi servientis, sive dominantis, sive respectu instrumenti, quo utitur pro servitute, et in primis ex parte fundi 11
servientis, nam, cui est promissa pars servitutis, non potest ire per partem fundi pro diviso, vel aquam ducere, quin totum fundum tangat, et quatenus esset pro indiviso, alterius promissio partis pariter non valeret, quia acquirens nullo modo ea uti posset in parte concedentis, quin per necesse tangeret partem alterius domini fundi, et ita non valeret.

Similiter respectu dominantis dicitur individua, quia pariter dominans non posset pro parte ire ad suum fundum, quin totum servientis fundum tangat. Pariter respectu instrumenti, quod instrumentum est homo, vel vehiculum etc. homo enim pro parte ire nequit, quin per totum est, sicuti et vehiculum; haec siquidem continent in se veritatem, non tamen quadrant pro ratione, quare servitutes reales dicantur individuae.

Ideo mihi placet ratio adducta per *Castillum de usufru-* 12
ctu cap. 31. sub n. 14. in haec verba. *Servitutes namque cum sint incorporales, considerantur secundum utilitatem, et commoditatem, quam praestant: commoditas autem, et utilitas servitutum in usu tantum consistit, sive usu solo terminatur, ideo cum usus servitutum individuus sit ut di*cit Pomponius *in d. l. viae, et certum est, nam qui habet servitutem viae. vel itineris, non potest actum eundi ita temperare, ut partim ire, partim stare videatur, quia uti pro parte non possumus l. usus pars 20. ff de usu, et habit. Praeterea per concursum plurium non diminuitur usus, quamvis enim plures utantur, quilibet utitur in solidum, ac si solus uteretur.* ut ostendit Ulpianus *in l. si ut certo §. si duobus vehiculum ff. commod.* in illis verbis *usum autem balnei quidem, vel porticus, vel campi uniuscujusque insolidum esse: neque enim minus me uti. quo et alius uteretur. Et Paulus in leg. qui per certum 16. ff. commun. praedior.* dum probat, cum, *qui per certum locum iter, aut actum alicui cessit, posse pluribus per eamdem locum, vel iter, vel actum cedere, quia talis usus individuus est, unde ipse servitutes individuae sunt* haec ille vir doctissimus *Castill. loca supra cit.*

Similiter contractus, promissio, vel obligatio servitutis realis. dicitur individuus, vel individua ratione distributionis, vel divisionis inter haeredes, nam mortuo promissore, quili- 13
bet ex haeredibus tenetur constituere servitutem in solidum. Pariter, et e contra, mortuo creditore, quilibet ex haeredibus potest agere in solidum ad constituendam servitutem, nec

dividitur inter eos actio, vel obligatio secundum portiones haereditarias. *leg. 2. § ex his ff. de verb. oblig.* et est in terminis *l. haeredes 26. § an eo ff. famil. ercisc.* haec sunt ejus verba.

An ea stipulatio qua singuli haeredes in solidum habent actionem, veniat in hoc judicium, dubitatur si is, qui viam, iter, actum, stipulatus erat, decesserit, quia talis stipulatio per legem duodecim tabularum non dividitur, quia nec potest sed verius est, non venire eam in judicium, sed omnibus in solidum competere actionem: et si non praestetur via, pro parte haereditaria condemnationem fieri oportere. Contra si promissor viae decesserit, pluribus haeredibus institutis, nec dividi obligationem, nec dubium, quia
14 *duret, quoniam viam promittere et is potest, qui fundum non habet.* Sequitur postea idem textus, demonstrando, quomodo agendum sit in illo judicio familiae erciscundae circa divisionem servitutum dicendo.

15 *Igitur, quia singuli in solidum tenentur officio judicis cautiones interponi debere: ut si quis conventus ex his litis aestimationem praestiterit, id pro parte a caeteris consequatur*, hoc est, in dicto judicio familiae erciscundae, cum agatur de re individua, inter ipsos haeredes unus adversus
16 alterum tenetur cautionem praestare in casu contraventionis, ut unusquisque adversus alterum litisaestimationem praestaturas, eo quod omnes insolidum teneantur, loquitur postea dicendo: *idem dicendum est, et si testator viam legaverit. In illa quoque stipulatione prospiciendum est cohaeredibus, si testator promiserit neque per se, neque per haeredem suum fieri, quo minus ire, agere possit: quoniam uno prohibente, in solidum committitur stipulatio, ne unius factum, caeteris damnosum sit* et pro confirmatione nostrae conclusionis, promissionem, vel contractum esse individuum adducuntur pariter textus infrascripti *leg. viae itineris ut supra in principio ff. de servit. leg. fideicommissa § fin. ff. de legat. 3. l. fin. ff. de servit. rusticor. praedior. l. eo quae in partes ff. de reg. jur. leg. si unus in fin. ff. de servit. rust. praed.* Haec dicta sint de servitutibus realibus, modo restat agendum de personalibus.

17 Servitutes ergo personales et ipsae videntur individuae, excepta servitute ususfructus, quae est dividua, quod usus, et habitatio sint servitutes individuae, probat textus in *leg. usus 20. ff. de usu, et habitat.* videlicet, *usus pars legari non potest: nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus*, et quod habitatio sit talis, *leg. si habitatio 10. ff. eod. tit.* in haec verba. *Si habitatio legetur an perinde sit, atque si usus, quaeritur? et effectu quidem idem pene esse legatum usus et habitationis*, et quod usus, et habitatio sint servitutes individuae extra dentes probat *Castill. de usufr. capite 31. n. 15.* qui quam plures alios auctores citat pro comprobatione suae conclusionis.

18 Sed ego quoad habitationem valde dubito, nam licet Ulpianus in *dicta leg. si habitatio 10.* dicat in effectu, habitationem esse et ipsam servitutem individuam, hoc inquam posset procedere de jure antiquo Digestorum, secus vero jure codicis, quo cavetur habitationem posse locari, sublatis quibuscumque veterum ambiguitatibus. Textus ad literam in *l. cum antiquitas 13. c. de usufr. et habitat.* in haec verba. *Cum antiquitas dubitabat usufr. habitationis legato, et primo quidem cui similis esset, utrum ne usui, vel usufructui, an neutri eorum. Sed jus proprium, et specialem naturam sortita esset habitatio; postea autem si posset is, cui habitatio legata esset, eamdem locare, vel dominium sibi vindicare, auctorum jurgium decidentes, compendioso responso omnem hujusmodi dubitationem resecamus. Et si quidem habitationem quis reliquerit, ad humaniorem declinare sententiam nobis visum est, et dare legatario etiam locationis licentiam*; si ergo alteri potest locari, habitationem induere videtur naturam ususfructus qui alteri potest locari, sed ususfructus est dividuus ergo, et habitatio, augetur dubium, quod magis probat habitationis servitutem esse dividuam, nam demus casum, domum esse legatam, cujus habitatio sit valde spatiosa, itaut pro legatario sufficiat tantum unum cubiculum illius domus, ergo residuum alteri poterit locari, ergo erit servitus dividua, cum res commodam patiatur divisionem; et hanc inductionem deducit ex *l. caeterum 4. ff. de usu, et habit.* cujus haec sunt verba. *Caeterum sine eo, ne hos quidem habiture posse. Proculus autem de inquilino notat, non belle inquilinum dici, qui cum eo habitat; et secundum haec, et si pensionem habitationis percipiat, dum ipse quoque inhabitat, non erit ei invidendum:* notentur sequentia verba: *Quid enim si tam spatiosae domus usus sit relictus homini mediocri, ut portiuncula contentus sit. Sed et cum his, quos loco servorum in operis habet, habitabit, licet liberi sint, vel servi alieni*; ecce ex hoc contextu apparet, legatarium, seu habitatorem posse una cum ipso habitare dictam domum etiam recipiendo mercedem, seu pensionem illius partis domus locatae, in qua est relicta habitatio, ergo sicuti ususfructus est dividuus, quia locari potest, quare idem non est dicendum de legato, vel servitute habitationis. Sed est advertendum dictam *legem caeterum* loqui de usu quia, sine usuario domus illa, vel pars vacua non potest locari, quod secus est de habitatione.

Quare indistincte teneo servitutem habitationis esse qui- 19
dem personalem, sed dividuam ad differentiam usus, qui est ex necessitate utentis (cum declaratione tamen, ut paulo inferius demonstrabimus, quomodo sit intelligendum (illud verbum ex *necessitate*) ut probat Justinianus *in § 1. instit. tit. de usu, et habitatione*, in illis verbis. *Minus autem scilicet juris est, in usu, quam in usufr. namque is qui fundi nudum habet usum, nihil ulterius habere intel-*
ligitur, quam ut oleribus, pomis, floribus, foeno, stramen- 20
tis, et lignis ad usum quotidianum utatur. In eo quoque fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino
fundi molestus sit, neque iis, per quos opera rustica fiunt 21
impedimento, nec ulli alii, jus, quod habet aut locare, aut vendere, aut gratis concedere potest: cum is, qui usumfr. habet: possit haec omnia facere: item is qui aedium usum habet, hactenus jus habere intelligitur, ut ipse tantum habitet; nec hoc jus ad alium transferre potest, et vix receptum esse videtur, ut hospitem ei recipere liceat sed
cum uxore sua liberisque suis, item libertis, nec non aliis 22
liberis personis, quibus non minus quam servis utitur ha-
bitandi jus habeat. Et convenienter. si ad mulierem usus 23
aedium pertineat cum marito ei habitare licet. Item is, ad quem servi usus pertinet, ipse tantummodo operis, atque ministerio ejus uti potest; ad alium vero nullo modo jus suum transferre ei concessum est.

In habitatione autem aliud statutum est: determinat Justinian. *in § sed si cui. Instit. eod. tit.* in haec verba. *Sed si cui habitatio legata sit, sive aliquo modo constituta sit; neque usus videtur, neque ususfr. sed quasi proprium aliquod jus, quam habitationem habentibus, propter rerum utilitatem secundum Marcelli sententiam, nostra decisione promulgata, permissum non solum, in ea degere, sed etiam aliis locare*; ergo fatendum est habitationem quoque esse servitutem dividuam, non individuam attento jure codicis *ut d. l. cum antiquitas* supra extensa, seu jure novo a Justiniano introducto.

Probatur autem haec nostra conclusio, ratione deducta a contrario sensu, ab illa ratione, qua probavimus cum Castillo, quae servitutes reales dicantur individuae, cujus vis consistit in illa clausula, quia servitutes consistunt *in usu*,
ut supra probavimus, et *per l. usu 20. quemad. servit. amit-* 24
tantur, sed usus est individuus, ergo et servitutes sunt individuae; sed sic est, quod servitus habitationis potest dividi, ut probat Justinianus in memoratis paragraphis, nam
legatarius vel stipulator habitationis, potest eam alteri lo- 25
care, prout facit usufructuarius, ergo sicuti ususfructus est,
dividuus, *leg. 1. § si ususfr. ff. ad leg. falcid.* ibi. *Si usus-* 26
fruct. legatus sit, qui et dividi potest, et textus *in l. ususfructus 5. ff. de usufructu*, in haec verba. *Ususfructus, et ab initio pro parte indivisa, vel diviso constitui, et legitimo tempore amitti, eademque ratione per legem falcidiam minui potest*, sequitur postea dicendo. *Reo quoque promittendi defuncto, in partes haereditarias, et ususfructus obligatio dividitur, et si ex communi praedio debeatur, uno ex sociis defendente pro parte defendentes nec restitutio* etiam habitationis servitus dicenda erit dividua.

Sed insurgit Castill. et nobis opponit textum *in dict. leg. 1. § si ususfructus ff. ad falcid.* ubi ita loquitur textus, *si ususfructus legatus sit, qui et dividi potest* (notentur sequentia verba) *non sicut caeterae servitutes individuae sunt*, et per *textum in l. etsi forte, 6. § si aedes plurium, ff. si servit. vindicentur:* ibi. *Et ait singulos dominos in solidum agere, sicuti de caeteris servitutibus, excepto usufructu*
regula autem juris est inclusionem unius, alterius esse exclu- 27
sionem, *l. cum praetor 12. ff. de jud.* ibi, *cum praetor unum ex pluribus judicare vetat, caeteris id committere vide-*
tur et copiose *gloss. ibidem* in verbo, *videtur*, *Surd. cons.* 28

135. *numero* 43. *volumin.* 1. sed sic est, leges excludunt usumfructum tantum, ab individuitate, ergo caeterae servitutes praeter usumfructum erunt iodividuae, at ita ejusdem naturae erit habitatio.

29 Ad quas omnis in contrariom adducta, respondetur in primis procedere loquendo de jure digestorum, non vero de jure codicis. Enim vero jure fff. non poterat aliis habitatio locari, nunc vero licitum erit legatario habitationem aliis locare, et ipse habitare poterit in alia domo, ut cantat extra dentes *dicta lege cum antiquitus, sed ego, quoad habitationem*, etc. natura sua ergo habitatio uti pro parte potest, et pro parte non, attenta capacitate, vel spatiositate ejusdem, quod non cadit in usu, et in caeteris aliis servitutibus quae non patiuntur divisionem, quia sapit impossibilitatem, prout superius diximus.

Non obstat regula illa, inclusionem unius esse alterius
30 exclusionem, vel e contra. Nam respondetur habere locum. quando in exluso militat eadem ratio, quae in incluso, vel quando constat de meote; vel quando inclusio ad unom effectum operaretur contrarium. *Card. Tusc. in verbo inclus. concl.* 72. *n.* 86. *ex Menoch. cons.* 197. *n.* 83. *lib.* 5. *versic. non obstat principaliter.*

Si ergo servitutis habitatio includeretur in servitutibus individuis, certum est, quod contrariom effectum operaretur contra legis dispositionem, concedentem habitationem alteri locari posse, quae, si esset individua, nullo modo locari posset; ergo nihil contra nos: seu etiam sicuti supra diximus caeterae servitutes non patiuntur usus divisionem, prout patitur habitatio, ergo vera est nostra conclusio.

31 Quinimo audeo dicere, etiam usum quandoque dividi posse, veluti quando usus aedium fuit legatus, ut bene ponderanti *textum in l. caeterum* 4. *juxta l.* 2. *ff. de usu et habitatione* in illis verbis. *Sed an et inquilinum recipere possit, apud Labeonem memini tractatum esse libris posteriorum. et ait Labeo, eum, qui ipse habitat inquilinum posse recipere*: loquitur enim de usuario, an inquilinum possit recipere, et respondit affirmative, modo notanda est dispositio *l. caeterum* 4. quae continuare videtur sensum *dict. l.* 2. 2. *in praecitatis verbis*, sed an et inquilinum, dicendo. *Caeterum sine eo, ne hos quidem habitare posse*; hoc est, quando sumus in usuario, inquilinum sine eo habitare non posse in domo, cujus usus est legatus, nisi simul etiam habitet usuarius, et circa hoc sequitur discursum, dicendo. *Proculus autem de inquilino notat, non bene inquilinum dici, qui cum eo habitat, secundum hoec, at si pensionem habitationis percipiat, dum ipse quoque inhabitat, non erit ei invidendum.* Videlicet tunc ille dicetur inquilinus, si pensionem domus solverit, nec per hoc nemo ei invidere debet, si eam recipiat, quia tunc vere dicitur inquilinos, ut erudite explicat *gloss. ibid.* in verbis, *eo habitat*; dicendo; *et est ratio, quia qui mercedem non praestat, domum non conducit, ut infra de donat. inter virum. et uxor. leg. si vir uxori* 1. *respons. sed gratis recipitur. Sed quid si praestet mercedem, ut statim subjicit? Resp. est inquilinus*, ergo pensionem recipiendo usuarius ei invideri non debet, cum juste id praestet, et juris auctoritate *neque eidem hoc erit inficiandum*: sequitur iterum textus *in dicto leg. caeterum* clarius explicando quod supra dixit pro inquilino. *Quid enim si tam spatiosae domus usus sit relictus homini mediocri, ut portiunculo contentus sit?* hoc est ratione domus tam commodae, quae sufficit, et pro usu usuarii, et pro inquilino, ei non venit in odium retorquendum, quin talem valeat recipere pensionem, contentando se illa portiuncula, seu domuncula, dummodo et ipse cum inquilino in ea habitet.

Quinimo etiam usuario, quando nihil perciperat, vel parum ex legato usus, etiam et ipse potest vendere, vel cedere rem utendam, nec mihi credatis, sed *l. divus* 23. *ff. de usu, et habitation.* cujus haec sunt verba. *Divus Adrianus, cum*
32 *quibusdam usus sylvae legatus esset, statuit fructum quoque eis legatum videri: quia nisi liceret legatariis caedere sylvam, et vendere, quemadmodum fructuariis licet, nihil habituri essent ex eo legato.* ecce, ne relictum inutile remaneat, extenditur de minori ad majus contra proprietatem verborum, quod dictum aureum existimant interpretes, ex in primis *Jason. in l.* 1. *n.* 1. *ff. de eo quod certo loca. et idem Jason. in l. quoties n.* 1. *ff. de verbo obligat. in versic. adde textum bene notabilem*, quem adducit ad probandum,
33 stipulationem ambiguam ita esse interpretandam. ut valeat, non ut vitietur, etsi hoc sit contra dispositionem *l. quidquid adstringendae. ff. de verbor. obligat.* hoc idem probat *Aret. in l. quod in rerum* §. 1. *de legat.* 1. et plures alias auctoritates adducit. *Jas. in d. l. quoties.* versic. *quibus adde*,

Ex quo textu ita mihi licitum sit discurrere; certum est usuarium ad normam servitutis usus uti non posse nisi ex necessitate ipsius utentis, et quamdiu sufficiat pro usu ipsius, et tamen testator, vel promissor concessit usum sylvae, ergo si habet usum illius, tota sylva ei servire debet, etiam si sit ultra necessitatem utentis merito, ut ait textus, poterit fructus illios caedere, et vendere, quia in hoc non cadit illa impossibilitas, quae cadit in caeteris servitutibus individuis, veluti in itinere, vel acto, in quo non potest homo pro parte uti servitute, et pro parte non, quia pro parte ire non potest, et pro parte stare; at hic sumus in re capaci divisionis, prout supra diximus, et in hoc usus potest convenire cum usufructu, qui et ipse est jus utendi *lege prima, ff. de usufructu.* Ideo concurrente legis auctoritate, vel testatoris, aut concedentis voluntate, non est inconveniens ut haec servitus usus, prout et diximus de habitatione, excedat propria verba, illaque improprientur, et nihilominus dicatur servitus 34
usus, vel habitationis, prout diximus per dictam *leg. certum est, supra extensum.*

Et ad elidendum objectum illud, quod usus sit tantum ex necessitate utentis, quia si res, supra quam adest usus, excedat in aliqua parte fructus, quibus attento usu, non egeret usuarius, eo in casu usuariom posse eos vendere, adduco textum ipsum supra extensum, *in* §. 1. *instit. de usu, et habitatione*, quando supponit Justinianus, usum fundi alicujus fuisse relictum, habet haec verba. *nihil ulterius habere intelligitur, quam ut oleribus, pomis, floribus, foeno, stramentis, et lignis ad usum quotidianum utatur*; certum est foenum, et alios fructus naturales, non vero industriales esse ipsius usuarii, si ergo habeat foenum, certum est quotiescumque usuarius non haberet equum ad illud consumendum, legatum redderetur inutile, si illud vendere non posset, et ita discurrendo a partium enumeratione, recte confirmatur nostra conclusio.

Hoc quoque probatur, et roboratur ex *leg. divus* 23. *supra cit.* §. *licet ff. de usu, et habitatione*; ubi haec verba habentur. *Licet tam angustus sit legatarius, cui domus usus le-*
gatus est, ut non possit occupare totius domus usum. tamen 35
his partibus, quae vacabunt, proprietarius non utetur: quia licebit usuario aliis, et aliis temporibus, tota domo uti, cum interdum domini quoque aedium (prout temporis conditio exigit) quibusdam utantur. Ecce licet, ut saepe saepius diximus usus sit ex necessitate utentis, attamen metaphysice, non venit interpretandus talis usus, ut tantum debeatur, quantum usus ipsiusmet personae exigit, sed ulterius
aliquo modo venit intelligendus, et juxta tenorem legis, et 36
testatoris, vel concedentis dispositionem, attenta Justiniani dispositione in *dicto* §. *primo, instit. de usu, et habitatione*, quae generaliter loquitur sine aliqua limitatione, usuarium gaudere omnibus fructibus naturalibus fundi, licet supera-
bundent usum ipsius usuarii, lex ergo generaliter loquens 37
generaliter venit intelligenda absque ulla distinctione, hanc nostram conclusionem comprobat *Picord. in principio tituli instit, de usu, et habitation. sub. n.* 6. in haec verba, *nisi alioquin usus vanus, et inutilis sit futurus, si commoditas non vendatur, aut locetur. leg. divus* 23. *D. hoc tit. cui omnino adde Pinell. c. de bon. matern. parte secunda, n.* 57. *et notat Gregor. in d. l.* 20. *gloss.* 10. *aut nisi tam spatiosae domus usus sit relictus, ut portiunculo contentus sit usuarius, tunc enim non est ei invidendum, si ob inquilino pensionem habitationis recipiat, l. caeterum* 4. *d. l. divus*, §. *licet. Quod etiam erit admittendum, si usuarius, quibusdam locet, et hoc testator sciat. l. plenum.* 12. §. *equitii D. hoc tit. haec Picardus.*

Nec mihi objicias, quod sim mihi ipsimet contrarius, quando dixi, usuarium ex necessitate tantum uti debere, itaut, quod superest, non possit eo uti, alias non esset ex necessitate utentis. Nam respondetur, necessitatem usus in eo consistere, quod usuarius non potest proprietati insistere, prout facit usufructuarius, sed usum exempli gratia fundi tantum habet, respectu fructuum naturalium, qui licet superabundent usum, non propterea tales fructus debentur proprietario, seu haeredi, sed eidem usuario, attenta dispositione *d.* §. 1. *instit. de usu, et habit. et d. l. divus.*

Sed contra iterum obstat textus *in d. l. divus.* §. *usu legato. ff. de usu, et habitat.* in haec verba. *Si usu legato, plus*
sit usus legatarius, quam oportet: officio judicis, qui quem- 38
admodum utatur, judicabit, id continetur, ne aliter, quam

debet utatur. Sed sic est, usuarius plus utitur usu, utendo fructibus superabundantibus, ergo, eos tenetur haeredi, vel proprietario dimittere, et uon vendere.

Respondetur, textum illum habere locum, quando usua-
39 rius vellet impedire haeredem, dominum, vel proprietarium in cultura ejusdem fundi *l. denique* 11. *ff. de usu, et habit.* in haec verba *denique in eo fundo, hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit, neque his, per quos opera rustica fiunt, impedimento sit.* Caeterum usuarius utendo omnibus fructibus naturalibus nullam facit injuriam domino fundi, quia utitur secundum facultatem, ai a jure concessam, et juxta dispositionem Justiniani ut supra concedentis fructus naturales ipsi usuario.

Quare dicere fructus superabundantes usum, applicandos
40 esse domino, hoc gratis dicitur: *nam* licet usuarius sit contentus una portiuncula eorum juxta dispositionem *dict. leg. caeterum* 4. *ff. de usu, et habitation.* non propterea absolute dici potest, eos esse superfluos usuario. Enim vero ratio est in promptu. Cibus enim est necessarius ad vitae hominis manutentionem, verumtamen, si quis virtutis intuitu toto cibo quo uti posset homo, regulariter loquendo, secundum veram epischeam non utitur, ad mortificandum seipsum, non propterea, cibus ille, qui servatur dicitur superfluus, sed necessarius adhuc; ergo quod uti proprio subtraxit, ut forsan pauperibus erogaret, non debet cedere beneficio alterius, sed in commodum ejusdem subtrahentis. Idem ergo est dicendum in casu nostro, si usuarius modicis fructibus contentatur, non propterea ei est invidendum, ut dicit textus, *in l. caeteram.* 4. *supra cit.* quia aliis vendere possit, quod superest ex propria parsimonia.

41 Rursus *Castill. de usufructu, d. c.* 31. *sub. n.* 16. proponit quamdam difficultatem circa usumfructum, eumdem quoq; dicendum esse individuum, eo quod in usufructu adsit quoque usus, sed usus est individuus: ergo etc. haec sunt ejus verba. Unde summam facit difficultatem; nam si ususfructus dividuus est, cur et usus dividi non potest, cum utraque sit servitus personalis *l.* 1. *ff. de servit. fructuique et usus inest, nec sine usufructu esse potest, l. per servum* 14. §. *ususfructus ff. de usu, et habitat.* in haec verba, *ususfructus, in fructus legetur, nihil interest: nam fructui, et usus inest: usus fructus deest. Et fructus quidem, sine usu esse non*
42 *potest: usus sine fructu potest.* ideo ratione usus sibi adjun-
43 cti, deberet ususfructus judicari dividuus, quo argumento oppressus fuit *Bart. in l. stipulationes non dividuntur.* fateor quidem doctores, varia dixisse circa explanationem hujus difficultatis quos plane calamo refert. *Castill. d.* 3. *de usufr. sub n.* 17.

Verum ut in medium proferam meum votum, mihi sem-
44 per placuit illa distinctio, quod ususfructus duobus modis potest considerari. Primum quatenus est jus quoddam incorporale, quo in casu etiam ususfructus dicitur individuus, cum sit jus utendi etc. *leg.* 1. *ff. de usufructu, et hoc nullam recipit divisionem, prout etiam illam non recipiunt caeterae servitutes reales ea ratione, quia quae sunt incorporalia nullam divisionem recipiunt, cum neq tangi, neque videri, aut palpari possint. instit. tit de rebus corporal. et incorporal. quando dixit Justinianus. Incorporales autem sunt, quae tangi non possunt: qualia sunt ea quae in jure consistunt: sicuti haereditas, ususfructususus, et obligationes quoquomodo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in haereditate res corporales continentur, nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt: et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est: veluti fundus, homo, pecunia. Nam ipsum jus haereditatis, et ipsum jus utendi, fruendi. et ipsum jus obligationis incorporale est. Eodem numero sunt jura praediorum, urbanorum, et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur.*

Secundo modo accipitur servitus ususfructus, quatenus ad fectum magis, quam ad jus refertur, et actualem ipsam fructuum perceptionem significat, et tunc omni respectu divisionem recipit, hanc duplicem considerationem, fere omnes interpretes amplectuntur, ut probat *Currnsius in leg. viae. numero decimo quinto, ff. de servitut.* et ita idem *Castill.* sequitur, quae in hac difficultate dicta sunt per *Bart. in d. l. stipulationes non dividuntur,* n. 26. *Jason. n.* 28. *Murian. Socin. jun.* 137. *et n.* 132. ubi dicunt, et sunt verba *Castill. dicto capite* 31. *in fin.* Quod ususfructus non potest dividi, divisione naturali, cum sit jus incorporale, sed bene dividitur secundum jurisordinationem, vel quod ususfructus dicitur dividuus respectu divisionis per partes quantitativas, sed respectu divisionis per partes demonstrabiles discretas, et dictus individuus, quia cum sit jus, et sic quid incorporale, non cadit in eo divisio haec Castill.

Vel etiam responderi potest cum *Gomes de individu. cap.* 10. *tom.* 2. *sub n.* 18. Sed vera, et mentalis solutio est quod ususfructus, non est sine usu, idest sine commodo, et amo- 45
lumento usus; non autem continetur sicut species servitutis distincta, quod idem sequitur; et tradit *Jason. in d. l. stipulationes non dividuntur, sub n.* 30. ubi postquam et ipse loquutus de solutione objectionis propositae aliud pulchrum dictum, et memoriae tenendum tradit in haec verba, *limita, quod dixi, quod usus est individuus, est verum, si referatur ad personam d. l. usus par.* 20. *ff. de usu, et habitat. si autem referatur ad rem, tunc potest esse usus pars rei,* et ideo paulo inferius habet haec verba. *Quod usus non com-*
prehenditur sub usufructu tamquam servitus, quia servi- 46
tutis servitus esse non potest, l. 1. *ff. de usu, et usufructu legation.* in haec verba. *Nec usus, nec ususfructus itineris, actus, viae, aquaeductus legari potest, quia servitus servitutis esse non potest. Sed tamquam commoditas; et ita ususfructus non est sine usu, idest sine commodo, seu amolumento usus, non autem continetur, ut species distincta, et sic ut est servitas,* haec Jason.

Ex quo aureo dicto illud aureum, quod supradixi, deducitur dictum; quod etiam concordat, cum declaratione *Castill. ut supra,* nempe, quod dicitur de usufructu; idem
esse dicendum de usu, veluti si consideratur usus quoad per- 47
sonam, et ipsum esse individuum, si vero consideretur habito respectu ad res, quarum relinquitur usus, dicitur dividuus et ipse usus, nec mihi est credendum sed Ulpiano *in d. l. caeterum* 4. *ff. de usu, et habitation.* quando dixit. *Caeterum sine eo, ne hos quidem habitare posse. Proculus autem de inquilino notat non belle inquilinum dici, qui cum eo habitat secundum haec. Et si pensionem habitationis percipiat dum ipse quoque inhabitat non erit ei invidendum.* Postquam enim J. C. dixit personas superius enumeratas in praecedentibus legibus, non posse stare in ea Domo, et ibi habitare, nisi et ibes permaneat usuarius; postea proponit quaesitum, quid si cum ipso usuario inquilinus habitat, et solvat habitationis pensionem, nihilominus usus talis domus non repugnabit usuario, quin possit recipere pensionem contentando se illa modica portiuncula, et recipere ex parte rei divisionem; ut latius patet ex verbis sequentibus. *Quid enim, si tam spatiosae domus usus sit relictus homini mediocri, ut portiuncula contentus sit,* ergo conclusio est infallibilis ex parte rei, seu ad eam habito respectu, usus esse dividuus. Sed in hoc solummodo differt ab usufructu, quia usuarius tenetur inhabitare in eadem domo, ut ait idem Ulpianus, et dictum probatur quoque ex *l. sed neque* 8. *ff. de usu, et habitat.* et est idem Ulpianus, haec sunt verba. *Sed neque locabunt seorsum,* notantur haec verba, *ergo si usuarius cum inquilino habet illam domum, partem aliquam illius poterit locare contentando se parvula domuncula;* et hoc magis probatur per verba sequentis ejusdem legis, dicendo, *neque concedent habitationem sine se, nec vendent usum,* ergo ipse usuarius simul inhabitando, et re ad usum concessa utendo usum vendere poterit, lex clare de se loquitur, et concordat, cum *d. l. caeterum.*

Nec valet objectum, ex constitutione Justinianea *in* §. 1. *instit. tit. de usu, et habitat.* quae prohibet usuario, jus locandi, aut vendendi, vel gratis concedendi in illis verbis, *nec ulli alii jus, quod habet, aut locare, aut vendere, aut gratis concedere potest,* per quae verba correcta videntur, quae ab Ulpiano, dicta sunt.

Nam Justinianus loquitur de ipso jure utendi, quatenus personam respicit, non autem de ipsa re, qua utitur usuarius; alias esset Justinianus sibi contrarius, quando dixit, si fuerit legatus usus fundi, in eo includuntur fructus naturales, veluti olera, poma, flores, fuenum, stramenta, ligna, quae ad usum quotidianum inserviunt, nam certum est foenum non esse ad usum hominis, sed equi, hinc si usuarius non habeat equum, quia non vult eum tenere, non propterea privandus est usuarius dicto fructu, prout etiam de aliis fructibus, haec enim neque locari possunt, neque vendi, nisi ipse usuarius utatur usu fundi, prout diximus de habitationis usu, enim vero usuarius ipse non potest locare totum usum habitationis, sed cum conductore tenetur domum, in qua usum habet, inhabitare simul cum inquilino, ut dictum est. Quando hoc etiam, quod decernit Justinianus, idem

etiam sit decisum per Cajum *in l. deinde* 11. *ff. de usu, et*
48 *habitatione* dicendo: *denique in eo fundo hactenus morari licet ut neque domino fundi molestus sit, neque his, per quos opera rustica fiunt, impedimento sit. Sed nec ulli alii jus, quod habet, aut vendere, aut locare, aut gratis concedere potest*, et tamen Ulpianus concedit usuario, ut pensionem domus, seu habitationis possit recipere, dummodo simul inhabitet domum, cujus habet usum, ita licet usuarius, fructus copiosos habeat ex fundo, cujus usum habet, et posset omnes illos consumere, tamen eos sibi subtrahendo ita se contentando, residuos vendere poterit, ad formam *l. caeterum, et l. denique*, quae non contrariantur ad invicem, et ita nihil contra nos ad rem facit, quod dicit Albericus *in l. usus pars. ff. de usu, et habitation. sub numero* 3. ubi servitus usus quatenus est jus, est individua, quatenus vero respicit, rem, seu a parte rei est dividua, et clarius *sub n.* 4. *versic. sed quaerit*, Odus de eo qui reliquit usum prati duobus, ubi si unusquisque habet quinque equos ad eum spectat medietas foeni, et plura alia exempla adducit, visu digna, et ad eum me remitto.

QUAESTIO VI.

An dentur Servitutes mixtae, et quaenam sint.

SUMMARIUM.

1. Servitutes mixtae an dentur in Jure.
2. Servitus secundum Caepolam est constitutio Juris gentium, qua quis dominio alieno subjicitur contra naturam; quae non convenit servituti de qua nos loquimur.
3. Dominium rei servientis non transit in dominantem.
4. Servitus dicitur realis a re, cui servit; personalis a persona.

1 Si volumus attendere juris dispositionem, inveniemus hunc terminum, *mixtum* ignotum fuisse juris prudentibus, nam duo genera tantum servitutum posuerunt, *ut in l.* 1. *ff. de servitut. videlicet*, quando dixit, *servitutes, aut personarum sunt, ut usufructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum, praediorum, et urbanorum*, et si de jure loqui volumus haec inventio servitutis mixtae non admittitur nam textus, nec verbum quidem dicunt, nam in specie Martialis *in d. l.* 1. absolute usumfructum dicit servitutem personalem, sine aliqua additione.

Nec mihi quadrat, quod dicit *Caepola de servitutibus in capit.* 1. *de servitute personali* quam ibi definisit *sub*
2 *n.* 1. Servitus est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno subjicitur contra naturam, nam haec definitio, non convenit servituti, de qua nos loquimur, quia in hujusmodi servitute res, quae dicitur servire, non transit in
3 dominio dominantis, sed remanet penes servientem, ut probat textus *in l. loci corpus*, 4. *ff. si servitus vindicetur* dicendo. *Loci corpus non est dominii ipsius, cui servitus debetur; sed jus eundi habet*, et ita in hoc nostro praesenti tractatu intendimus agere: idcirco, quia servitus denomi-
4 natur, vel realis, vel personalis, realis a re cui debetur, personalis a persona, cui servit. argumento, *l.* 1. *ff. de servitut. ut sup.* extensa; dum ergo attenditur actus, a quo denominatur, non est necesse adducere in medium, nomen mixtae servitutis, quia a J. C. hoc non est habitum in consideratione, et ideo terminus iste tamquam non fundatus in jure ab aula est rejiciendus.

QUAESTIO VII.

Quaenam sint Servitutes nominatae, et quae innominatae.

SUMMARIUM.

1. Servitutes nominatae, et innominatae an in Jure reperiantur.
2. Servitutes nominatae personales sunt tres, ususfructus, usus, et habitatio.
3. Servitutes innominatae, quae sint secundum Caepolam, et quae enumerat reducuntur ad Servitutem personalem; et quae sint.
4. Pomum decerpere, vel starium frumenti colligere reducitur ad servitutem personalem.
5. Ususfructus et pro parte, et in totum potest constitui.
6. Ire spatiatum vel per fundum alienum deambulare, reducitur ad personalem servitutem, vel in eo coenare, reducuntur enim, vel ad usumfructum, vel ad usum, vel ad habitationem.
7. Servitutes tum urbanae, tum rusticae habent proprium nomen; et dicuntur nominatae.
8. Servitutes urbanae quot, et quaenam sint, hic enumerantur.
9. Servitutes rusticorum praediorum quot, et quaenam sint hic enumerantur.

Hanc quaestionem proponit *Caepola capit.* 9. *de servituti-* 1
bus; quaenam dicantur nominatae, et quae innominatae: relictis altercationibus, veras servitutes sive personales, sive reales omnes habere proprium nomen, neque admittere possumus aliquas servitutes personales, quin ad unam ex servitutibus personalibus reducantur, vel ad usumfructum, vel ad usum, vel ad habitationem, ut inferius demonstrabimus.

Servitutes nominatae in primis loquendo de personalibus,
sunt ususfructus, usus, et habitatio pro quibus adsunt sui 2
tituli in jure *ff. de usufructu, et ff. de usu, et habitatione*,
licet ergo Caepola eas vocet servitutes innominatas. quae sine 3
certo nomine vagantur, dat exemplum in eo, qui concessit mihi, exempli gratia, ut ex fundo suo recipiam unum sextarium unum frumenti, vel unum modium bladi, vel quod pomum ex Viridario suo percipiam, hae servitutes, sit ipse constitui possunt, per textum *in l. pomum ff. de servitut. l. pejoris, et l. ergo ff. de servitut. rusticor. praedior.* et fusius discurrit *cap.* 8. *de hac materia*, ubi proponit dictum dubium de tritico, et pomo, has ibi ex Petro de Bella Pertica dicit, quod sit servitus innominata, ex qua oritur contra impedientem actio confessoria *ex l. mela §. fin. ff. de aliment. et cibar. legat.* Vel si permisisti mihi servitutem pecoris appellendi ad fontes causa agri mei stercorandi, an dicatur servitus, alii affirmant, alii negant, vel de eo, qui permisit mihi coquere panem in suo furno pro tota mea familia. Aut si promisisti mihi, ut per pontem tuum possim transire sine solutione alicujus gabellae. Et tandem an colligere pedagium sit servitus.

De quibus discurrendo a partium enumeratione, et in primis de stario frumenti, vel de pomo, vel etiam, ut possit ire spatiatum in tuo agro, vel in tuo Viridario, vel deambulare sub tuo portico, aut in eo coenare ad formam textus *in d. l. ut pomum*, et tunc, si loquamur de servitute praediali, ex eodem textu apparet, *nullo modo* constitui posse talem servitutem, sed tantum personalem, ad formam *in l. si quis binos*, 39. *ff. de usufructu* cujus haec sunt verba.

Si quis binas aedes, quas solas habet, vel fundum tradit, excipere potest id, quod personae, non praedii est, veluti usum, et usumfructum. Sed si excipiat, ut pascere sibi, vel inhabitare liceat, valet exceptio; cum ex multis saltibus, pacto, ne fructus percipiatur. Et habitationis exceptione, sive temporalis, sive usque ad mortem ejus, qui excepit, usus videtur exceptus.

Hoc est pomum decerpere, vel starium colligere frumenti 4
reducuntur ad servitutem ususfructus, qui est dividuus, et
pro parte constitui potest, et in totum, *l.* 1. *§. si ususfru-* 5
ctus, ff. ad l. falcid. dicendo, *si ususfructus legatus sit, qui et dividi potest*, et ut diffuse diximus supra quaestion. quinta. An servitutes sint dividuae et individuae et ire spatiatum in agro ad servitutem usus referatur, sicuti et deambulare sub porticu, vel sub eo coenare: quae omnia referuntur,
vel ad usumfructum, vel ad usum, et quando ad has tres 6
servitutes personales, non erunt reducibiles, erunt dicenda jura personalia, et tunc videnda sunt, quae diximus supra *quaest. quarta, versic. nostram constituimus conclusionem*, ubi diffuse loquuti sumus de hoc jure, seu pacto, et ad ibi dicta me remitto.

Caeterum, quod spectat ad servitutes praediales omnes 7
sunt nominatae, seu proprium habent nomen, si loquamur
de servitutibus urbanis, eae sunt, quae enumerantur *in l.* 1. 8
ff. de servitut. urbanor. praedior. altius tollendi, vel non tollendi, ne luminibus officiatur, vel officiatur. Stillicidium, tignum immittendi in parietem vicini; projiciendi, protegendi, et caetera illis similia. Adest etiam servitus ne prospectui officiatur *ex l.* 1. *ff. eod.* est similiter aditus per domum alienam, *l. si servitut*, 19. *§. si domu, ff. de servitut. urb. praedior.* pariter servitus oneris ferendi, nempe ut vicinus sustineat onera vicini *l. eum debere columnam ff. de servit. urban. praedior. §. item urbanorum praediorum instit. de servitut.* sicuti et servitus ne prospectui officiatur, servitus luminum, vel etiam quando quis promittit aliquid pati in suo praedio urbano, et de his omnibus sigillatim suis locis discurremus.

Servitutes vero praediorum rusticorum sunt, quas Ulpia- 9
nus enumerat *in l.* 1. *ff. de servitut. rusticor. praediorum*, nempe iter, actus, via, aquaeductus, deinde eadem *l. eodem §. in praediis* habet haec verba. *In praediis rusticis computanda etiam sunt haec, aquae haustus, pecoris ad aquam appulsus, jus pascendi, calcis coquendae, arenae fodiendae.*

Sequitur postea Neratius, eod. tit. l. in haec verba. *Rusticorum etiam praediorum servitutes sunt, licere altius tollere, et officere praetorio vicini, vel cloacam habere licere per vicini domum, vel practoriam, vel protectum habere licere.* Sequitur iterum Ulpianus in *l. 3. ff. eod. tit.* in illis verbis. *Idem Neratius etium, ut fructus in vicini villa cogantur, coactique habeantur, et ut pedomenta ad vineum ex vicini praedio sumantur. constitui posse scribit eodem libro ait, vicino, cujus lapidicinae fundo suo immineant, posse te caedere, jus esse ei terrum, rudus saxa in fundam suum jacere positaque habere; et ut lopides provolvantur, ibique positi habeantur; indeque exportentur,* ese enim servitutes habent suum nomen, vel saltem reducuntur ad nominatas.

QUAESTIO VIII.

An Servitutes tum personales, tum reales traditione acquirantur, vel quodnam sit illud, quod pro traditione inservit.

SUMMARIUM.

1. Servitutes tam personales, tum reales traditione acquiruntur, et quid sit illud, quod pro traditione inservit.
2. Servitutes sunt jura incorporalia, quae de se, nequeunt tangi, et possideri.
3. Servitus tigni est servitus continua, nec umquam amittitur, etiam si tignum corruat, nisi per servientem obturetur foramen ejusdem tigni, sicuti et servitus ne luminibus officiatur, vel altius tollendi, vel non tollendi.
4. Servitutes traditionem non recipiunt, sed quasi traditionem, non de per se, sed cum fundo.
5. Servitutes reales de per se nequeunt possideri, sed cum praedio sic, et usucapi.
6. Inductio sola in fundum non sufficit ad quasi traditionem, sed requiritur patientia cum usu contra Castillem.
7. Dictio, *et*, quandoque explicatur pro idest.
8. Traditio, seu quasi in materia Servitutis dicitur ficta traditio.
9. Dictio, *ve*, licet videatur importare alternativam in praesenti stat declarative, vel etiam ampliative.
10. Dictio, *et*, aliquando stat alternative.
11. Dictio, *vel*, licet stet alternative, aliquando stat conjunctive.
12. Qui eundo per duas, vel tres vices per fundum alienum, non propterea acquirit aliquod jus manutenibile, nisi saltem per 30. dies ierit; alias jure familiaritatis ivisse dicetur.
13. Dictio, *ve*, in dubio stat semper pro copula.

1 Non est dubium servitutes tam personales, quam reales esse jura incorporalia, quae de se neque tangi, neque possideri possunt, §. 2. *institut. tit. de rebus corporalibus, et incorporalibus*, ait enim Justinianus, *corporales sunt, quae tangi possunt, veluti homo, vestis, fundus, et similia; incorporalia, quae nullo modo tangi possunt, qualia sunt, quae in jure consistunt veluti, haereditas, ususfrutus, usus, et obligationes quoque modo contractae.*

Et idem Justinianus removet tacitam objectionem, quae fieri potest, eo quod in haereditate contineatur res corporales; *nam et fructus (ait Justinianus) qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id, quod ex aliquo obligatione nobis debetur, plerumque corporale est: veluti fundus, homo, pecunia. Nam ipsum jus haereditatis, et ipsum jus utendi, fruendi, et ipsum jus obligotionis incorporale est*, et in terminis de servitutibus praediorum, probat Paulus in *l. servitutes 14. ff. de servitut.* dicens: *servitutes praediorum rusticorum, ut si corporibus accedunt, incorporales tamen sunt, et idcirco usu non capiantur, vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam, continuamque possessionem. Nemo enim tam perpetuo, tamque continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur.* Et quod est mirandum, sunt verba sequentia. *Idem ut in servitutibus praediorum urbanorum observatur*, nam in superiori quaestione demonstravimus stillicidium esse continuum, quia perpetuum, et suam continuare potentiam casitandi naturalem; at quid magis tignum immissum, quare non dicetur continuare suam possessionem, postquam semel fuerit immissum absque alio hominis ministerio? qui-
3 nimo, etiam si tignum corruat, et dominus serviens nullum faciat actum positivum obturando foramen, semper durat servitus, tigni, nec umquam usucapi, vel praescribi potest pro libertate. Textus ad literam *in l. haec autem 5. ff. de servit. urbanor. praedior.* haec sunt ejus verba.

Haec autem jura similiter, ut rusticorum praediorum, certo tempore non utendo, pereunt: nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo; sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat, veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas praefixas habuero, vel obstruxero: ita demum jus amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris: alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item, si tigni immissi aedes tuae servitutem debeant, et ego exemero tignum, ita demum amitto jus meum, si sic foramen, unde exemptum est tignum, obturaveris, et per constitutum tempus ita habueris, alioquin si nihil novi feceris, integrum jus meum permanet, concordat textus *in l. si quis, 18. §. si cum jus, ff. quemadmodum servit. amittantur* et *l. 4. §. libertatem, ff. de usucapion.* et sunt ad literam: apparet enim has servitutes urbanas habere continuam possessionem, itaut et illa continuetur etiam si tignum fuerit sublatum, sed foramen non obturatum, quod enixe demonstrat possessionem continuatam in urbanis; quomodo ergo potuit dicere Paulus *in d. l. servitutes, et idem servatur in servitutibus urbanis*, quando Cajus jureconsultus dixit, servitutes rusticas differre ab urbanis *d. l. haec autem jura*, valde contrariantur inter se Paulus, et Cajus. Quare dicendum est, Paulum loquutum esse de vera possessione, hoc est servitute et si corporibus accedant, incorporales tamen sunt et quia tangi non possunt, neque secundum res corporales possideri possunt, sed tamen non negat Paulus quasi possideri posse, et ideo recte dicitur servitutes traditionem non recipere. juxta textum *in l. servus 43. §. incorporales, ff. de acquirend. rerum domin.* ibi. *Incorporales res traditionem, et usucapionem non recipiunt, manifestum est*, hoc est traditionem non recipiunt, quia incorporales, neque usucapiuntur de per se, quia nequeunt possideri, tamen cum praediis, quibus inhaerent
5 usucapiuntur, probat Ulpianus *in l. si aliena res, 10. §. hoc jure utimur* in haec verba. *Hoc jure utimur, ut servitutes per se, nunquam longo tempore usucapi possint, cum edificiis possint*, concordat textus in *l. quoties 20. ff. de servitut. quin nulla ejusmodi juris vacua traditio esset.* Imo tunc possideantur, probat textus *in l. servitutes, 19. ff. de servitut. urbanor. praedior.* et est idem Paulus, qui loquutus est *in d. l. servit. 14.* et haec sunt ejus verba. *Servitutes, quae in superficie consistunt, possessione retinentur: nam si forte ex aedibus meis in aedes tuas tignum immissum habuero, hoc ut immissum habeam, per causam tigni possideo habendi consuetudine*: idem explicat, *Bort. ibidem* ergo vera erit nostra expositio superius allata, et per eam esse concordandos jure consultos: quibus ita praecuntibus.

Nostram constituimus conclusionem, jura incorporalia, et servitutes non esse capaces traditionis verae, et realis, sed ejus loco dari usum, et patientiam per dominum fundi servientis, juxta dispositionem textus *in d. l. quoties 20.* cujus haec sunt verba. *Quoties via, aut aliquod jus fundi emeretur, cavendum esse putat Labeo, per te non fieri, quo minus eo jure uti possim; quia nulla ejusmodi juris vacua traditio esset. Ego puto usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse, ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt*, juncta *leg. 1. §. fin. ff. de servit. rusticor. praedior.* ibi. *Traditio plane, et patientia servitutum inducet officium praetoris*, et textus in *l. si ego 13. §. si de usufructu, ff. de publician. in rem action. Si de usufr. tradito agatur, publiciana datur, idemque de servitutibus urbanorum praediorum, per traditionem constitutis, vel per patientiam, forte si per domum quis suam passus est. aquaeductum transduci. Item rusticorum: nam et hic traditionem, et patientiam esse tuendam constat* licet Labeo *in d. l. quoties*, supponat, *cautionem de non impediendo, me usurum servitute viae, vel itineris loco traditionis stare*; hoc inquam repugnat, quia adhuc non potest dici servitutem fuisse traditam, sed tunc demum, quando intervenerit usus, et patientia ipsius domini servientis, dicatur facta traditio servitutis, hoc bene explicatur per *Castill. de usufructu cap. 12. num. 25. et 26. per exemplum allatum a Jaboleno in d. l. quoties de emptore, et venditore*; nam inter venditorem, et emptorem mutua contrahitur obligatio, ut ex parte venditoris res vendita simpliciter tradatur, et emptor solvat pretium venditori, attamen per solam cautionem, non potest dici constituta servitus, imo etiam neque per solum usum, nisi accedat consensus tradentis, dicetur constituta servitus, et patientia servientis, quae inducit scientiam, et consensum, *l. Labeo 19. ff. de aqua pluv.*

arcend. haec sunt verba. *Labeo ait, si patiente vicino opus faciont, ex quo ei aqua pluvia noceat, non teneri me actione aquae pluviae orcendae*, ea ratione, ut ait *Castill. loco supra citato sub n*. 26: Sicuti enim traditio in rebus corporalibus, non aliter transfert dominium, quam si voluntate domini fiat, *§. per traditionem. Instit. de rerum divisione*. Ita etiam usus in servitutibus, et in rebus incorporalibus non constituit servitutem, nisi concurrat scientia, et patientia ipsius domini servientis, et quamplures auctores in hujus rei comprobatione allegat *Castill. loco supra cit. n* 27.

6 Et licet *Castill. loco cit. n*. 29. magni faciat illam quaestionem, an per solam inductionem in fundum factam per
debitorem creditori, dicatur facta traditio servitutis, hanc
enim facillime solvit textus *in l. omnium, versic. dare ff.
de usufructo*. dicendo. *Dare autem intelligitur, si induxerit in fundum legatorium, eumve patiatur, uti, frui*, ex
quo jure non tantum requiritur inductio in fundum, ut dicatur facta traditio, sed etiam, ut patiatur, uti, frui, sic
explicat. *glos. ibidem* in verbo *patiatur per textum in d.
l. 1. § traditio ff. de servitut. rusticor praedior. ubi glos.*
7 in verbo, *et*, quam dictionem explicat, pro, *idest*. itaut inductio in possessionem in fundum, de se non sufficiat, nisi
concurrat patientia cum usu, potest enim debitor inducere
creditorem in suum fundum causa familiaritatis, vel etiam
deambulandi causa, et ideo requiritur patientia, una cum
usu, ut dicatur facta traditio, quae improprie dicitur tradi-
8 tio, et ficta, non autem vera, et realis; nec eis fieri potest in
illa dictione, ve, quae de sui natura videtur importare al-
9 ternativam, ut apud Nizolium: in casu isto stat declarative,
prout dicit *glose. mox citata in dictis locis*, tum quia conjectura, et praesumptio in praesenti materia est, ut stet declarative; vel etiam ampliative ad diffuse notata per *Cardinal. Tusc. conclus*. 244. *sub n. 7. et sequent*. verbo: *ratio*,
prout etiam dictio, *et*, quae aliquando stat alternative, prout
10 dictio, vel, licet alternativa, stat tamen aliquando conjun-
11 ctive, et licet *Castill. loco supra cit sub n*. 40. hanc nostram
propositionem impugnet, reprobando etiam dictum *gloss.
per nos superius adductum*, attamen sola inductio non potest esse tantae virtutis, ut dicatur facta traditio, vel quasi,
12 nisi concurrat usus cum patientia, nam potest enim quis ire
per fundum alienum per tres, vel quatuor vices, non propterea ex illis tribus vicibus acquiritur aliquod jus manutenibile, nisi per triginta dies ierit; probat textus *in l. 1. §. hoc interdicto ff. de itinere, actuque privato* in illis verbis; *si modo hoc anno usus est, vel modico tempore, idest non minus quam triginta diebus*, caeterum dicetur bono
icisse jure familiaritatis, vis enim traditionis secundum Jabolenum consistit in usu, ut ait ipse *in d. l. quoties*, 20. *ff. de servitut*. in illis verbis. *Ego puto usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse*, alias hoc dictum destrueretur, si inductio simplex in fundum induceret traditionem servitutis. Et ideo non recte supplet *Castill*. per illa verba. *Eumvè patiatur uti, frui*, ut videantur addita in supplementum prioris dicti, quod repugnat dispositioni *leg. quoties*, quae totum fundamentum traditionis reponit in usu; praeterquam quod. *Augustinus Borbos. in troct. de dictionibus, dictione, Ve*. 414. *ubi n*. 1. docet hanc dictionem multipliciter accipi posse secundum subjectam materiam, et n. 2. tradit, aliquando stare copulative pro, *et*, per textum *in l. etsi post tres 8. ff. si quis caution*. in haec verba. *Et si post tres dies, aut quinque, pluresve dies, quem judicio sistit*. hic stat copulative, et per plures alios auctores, quos citat, et postea in fine ejusdem numeri habet haec formalia verba. *Et hoc procedit in dubio, ut semper pro copula accipiatur.*

QUAESTIO IX.

Quomodo retineatur Servitus, vel conservetur, et per quem possit conservari.

SUMMARIUM.

1. Servitutes quomodo retineantur, et conserventur, et per quem conservari possint.
2. Servitus non potest pro parte acquiri, et pro parte non, quia individua: potest tamen pro parte tota retineri.
3. Socius, fructuarius, et bonae fidei possessor retinent servitutem.
4. Servitute utimur per servos, per colonos, amicos, hospites, et medicum.
5. Servitus retinetur etiam per malae fidei possessorem.
6. Servitus retinetur si quis fundum communem cum pupillo habeat; licet ipse eam amiserit per non usum.

Licet servitus, quia individua, non possit pro parte ac- 1
quiri, attamen per partem, tota retineri potest *l. ut pomum*,
7. *§. si praedium, ff. de servitut*. in haec verba. *Si praedium tuum mihi serviat, sive ego partis praedii tui dominus esse coepero, sive tu mei, per partes quidem servitus retinetur, licet ab initio per partes acquiri non po- 2
terat* concordat pariter textus *in l. si quis aedes §. si partem. ff. de servit. urbanor. praedior. si partem praedii, quod mihi aut cui ego serviebam, non confundi, servitutem placet; quia pro parte servitus retinetur. Itaque si praedia mea praediis tuis serviant, et tu tuarum partem mihi, et ego mearum partem tibi tradidero, manebit servitus. Sicuti ususfructus in alterutris praediis acquisitus non interrumpit servitutem* concordat textus *in l. si unus* 19. *ff. de servitut. rusticor. praedior*. circa illius acquisitionem, textum pariter *in leg. aquam versic. si plurium ff. quemadmod, servitutes amittantur.*

Pariter nobis retinetur servitus, et per socium, et per fru- 3
ctuarium, et per bonae fidei possessorem, *l. servitus* 5. *ff.
quemadmodum. serv. amit*. vel ut ait textus *in l. unde §.
uti videmur ff. de itinere, actuque privato*, in haec verba.
Uti videmur servitutibus, etiam per servos. vel colonos, vel 4
amicos, vel etiam hospites. et fere per eos omnes, qui nobis retinent servitutes per usum nostrum nobis retinemus servitutem, probat textus *in l. usu* 20. *ff. quemad. servitut. amit. usu retinetur servitus, cum ipse, cui debetur, utitur, quive in possessione ejus nomine est, aut mercenarius, aut hospes, aut amicus, vel medicus, et qui ad visitandum dominium venit, vel colonus; vel fructuarius, l. 21. ibidem. Fructuarius licet suo nomine l. 22. ff. denique quicumque quasi debita via usus fuerit, leg. 23. sive ad fundum nostrum facit, vel ex fundo, l. 24. licet malae fidei
possessor sit, retinebitur servitus*. Et quia servitutes sunt 5
individuae retinet quis per socium, quod per se non pot-
est, veluti qui habent servitutem ad suum fundum, commu- 6
nem cum Popillo, per pupillum retinet servitutem, licet ea
usus non fuerit, *l. si communem* 10. *ff. quemadmod. servitut. amittantur*. in haec verba.

Si communem fundum ego, et pupillus haberemus, licet uterque non uteretur, tamen propter pupillum et ego viam retineo.

QUAESTIO X.

Quomodo, et quibus remediis defendantur et conserventur Servitutes.

SUMMARIUM.

1. Servitutes quibus remediis defendantur et conserventur.
2. Actio confessoria datur pro servitutibus, et actio negatoria contra servitutes.
3. Actio negatoria non datur in rebus corporalibus, in quibus, is qui possidet, non agit, quia non est ei actio prodita, per quam neget rem actoris esse.
4. In servitutibus vero etiam qui possidet agit, et sustinet partes actoris, ut n. 8.
5. Regula in pari causa melior est conditio possidentis.
6. Emens a non domino non praefertur alteri secundo emptori, cui res vendita primo fuit tradita, si vero a diversis non dominis melior est conditio possidentis.
7. Agens in judicio de jure suo, non de alieno agere debet.
8. Agens actione negativa contra servitutem confessoria pro Servitute, non obstante possessione tenetur probare servitutem, et ut latius hic.
9. Actor agens actione confessoria, licet possideat, attamen probare tenetur servitutem constitutam ut n. 25
10. Actor in servitute altius tollendi, vel non tollendi, si altius tollit, possidet, si non tollit, adversarius possidet.
11. Reus in controversiis servitutum non aestimatur ex possessione, sed ex modo conveniendi, nam qui provocat dicitur actor, et conventus reus.
12. Actio confessoria non dicitur talis, quia affirmative intentatur, et negatiua, quia negative, sed quia confessoria tuetur servitutem, negativa libertatem.
13. Agens confessoria tenetur tria probare, et se dominum fundi, cui debetur servitus, et habere titulum servitutis, et n. 15.
14. Scientia, et patientia sunt requisita essentialia servitutis, utraque venit probanda.
15. Molestia est probanda in intentanda actione confessoria, et est tertium requisitum.
16. In actione confessoria veniunt fructus, interesse, et damna, et post litem contestatam, et ante si fuerint petita specialiter.
17. Actionis negatoriae, quae nam sint ejus requisita, ut legitime possit intentari, et quot.
18. Dominium ex parte agentis actione negatoria est probandum.
19. Praesumptio transfert onus probandi in reum.

20. Agens actione negatoria, si possidens, quid probare debeat, nec ne, cum distinctione.
21. Dominium quando de eo incidenter controvertitur praesumitur ex possessione.
22. Tigna habens immissa dicitur possessor, si vero non sint immissa, negans possessor est.
23. Affirmanti incumbit probatio
24. Res quaelibet libera praesumitur, et allodialis in dubio.
25 Possessor servitutis tenetur probare servitutem.
26. Actio confessoria datur ad vindicandam servitutem, negatoria vero ad vindicandam libertatem.
27 Actio confessoria duplex est, directa, et utilis, et quid sit utraque.
28 Actio utilis confessoria datur etiam usufructuario.
29. Usufructuarius contra dominum, seu proprietarium agere non potest actione utili confessoria, sed debet petere usumfructum. hoc quoque idem videtur dicendum etiam si agat contra vicinum, sed vide n. 35.
30. Actio confessoria videtur solum competere domino.
31. Usufructuarius non est dominus fundi fructuarii.
32. Usufructuarius si agere posset actione utili confessoria sequeretur, quod servitus servitutis esset, quod videtur falsum.
33. Servitus servitutis esse non potest.
34. Servitus eundi, si legetur, haeres legatario tenetur praestare facultatem eundi donec vixerit.
35. Usufructuarius non suo nomine proprio, sed domini tamquam procurator vindicat servitutem.
36. Usufructuarius tenetur invigilare tamquam in rem propriam, ne aliquid jus praedio fructuario debitum amittatur.
37. Usufructuarius nomine proprio non potest nunciare novum opus, sed nomine domini.

1 Regula generalis est pro, vel contra servitutes dari actionem confessoriam in rem, vel negatoriam. Confessoria pro tuenda servitute dominanti competente, negativa domino servienti, qui negat deberi servitutem; hanc materiam proponit Justinianus in *§. aeque si agat quis institut. de actionibus*, ait ergo.

Aeque si agat quis, jus sibi esse fundo forte, vel aedibus utendi, fruendi, vel per fundum vicini eundi, agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi, in rem actio est. Ejusdem
2 *generis est actio de jure praediorum urbanorum, veluti si agat jus sibi esse altius aedes suas tollendi, prospiciendive, vel projiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini aedes. Contra quoque de usufructu, et de servitutibus praediorum rusticorum, item praediorum urbanorum, invicem quoque proditae sunt actiones: ut si quis intendat jus non esse adversario utendi, fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi: item altius tollendi, prospiciendi, projiciendi, immittendi: istae quoque actiones in rem sunt, sed negativae.*
3 *Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est. Nam in his is agit, qui non possidet, ei vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget*
4 *rem actoris esse: sane uno casu, qui possidet nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus digestorum libris opportunius apparebit.*

Dat ergo nobis Justinianus formam, seu melius explicat materiam actionis confessoriae, et negatoriae; confessoriae, qua affirmative agitur, videlicet nobis competere jus, et facultatem utendi, et fruendi rebus alienis, contra impedientem talem usum, licet agatur de servitute personali, nihilominus nobis competit actio in rem, nempe realis agendi pro consequutione juris nostri, nedum in usufructu, sed etiam in aliis servitutibus realibus, non solum urbanis, sed etiam rusticis, pro quibus omnibus datur actio confessoria, competit enim nobis jus agendi, eundi, aquamve ducendi, vel tignum immittendi, vel altius tollendi nostrum aedificium.

Rursus respectu negatoriae negative agendi, nempe non competere adversario jus utendi, vel fruendi, eundi, agendive, tignum immittendi, et sic de singulis juribus negativis, non competere, nempe jus servitutis in nostris bonis, et ut clarius constanterque docet Justinianus in *d. §. aeque si agat.* Et ideo ait, *hoc genus actionis non datur in actionibus rerum corporalium, quia in his agit, qui non possidet; ei vero qui possidet, non competit talis actio negatoria*, negando adversarium esse dominum rei petitae, quia hoc non sufficiat, si auctor, exempli gratia, petens rem possessam a Cajo dicat, nullum jus habere in ea re, licet possideat, ideoque eidem esse relaxandam, non propterea sum audiendus, quia non probavi rem illam meam esse. Et cum res mea non sit, nec adversarii, adversario potius venit adjudicanda, non mihi,
5 per regulam juris in pari causa meliorem esse conditionem possidentis, *l. sive autem 11. §. si duob. ff. de publican. in rem action. l. in pari causa 171. ff. de regul. juris si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus quis magis publiciano uti possit, utrum is, cui priori*
6 *res tradita est, an is, qui tantum emit. Et Julianus lib. 1. digestorum scribit, ut si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit, cui prior res tradita est, quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis, quam petentis, quae sententia vera est.* Imo judex me negative agentem a limine judicii rejiciet, quia non ago de jure meo, 7
unusquisque autem de suo, non de alieno jure agere debet, *l. uti, frui. ff. si ususfructus petatur*, quae in simili materia loquitur dicendo.

Uti, frui jus sibi esse is solus potest intendere, qui habet usumfructum; dominus autem fundi non potest, quia, qui habet proprietatem, utendi, fruendi, jus separatum non habet; nec enim potest ei suus fundus servire; de suo enim, non de alieno jure quemquam agere oportet. Quamquam enim actio negatoria domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo jure agere videtur, quam de alieno; cum invito se negat jus esse utendi, fruendi fructuario, vel jus sibi esse prohibendi. Quod si forte, qui agit, dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius, jus utendi non habeat, vincet tamen jure, quo possessores potiores sunt, licet nullum jus habeant. loquitur enim Ulpianus de confessoria, quae fuerat a proprietario intenta contra tertium; proprietarius enim debuerat agere de jure suo, non de jure tertii.

Ideo, quando sumus in servitutibus, hic agendi modus ne- 8
gativus magnus est usus, nam si agam actione *negatoria*, jus non esse adversario meo, eundi, vel agendi per fundum meum, et loquor de me actore, si meam probavero intentionem vincam, nam licet sim possessor, tamen, quia ego agendo actione negatoria teneor fundare meam *intentionem*, demonstrando, fundum vel aedes meas liberas esse ab omni servitute, quo demonstrato, adversarius meus uti non poterit fundo meo, vel eundo, vel agendo, vel tignum immittendo, vel si ego actor ago actione confessoria, dico me habere jus utendi, fruendi, agendi, vel eundi, vel tignum immittendi, vel te non habere jus altius tollendi, si probavero me habere servitutem, vincam adversarium meum, licet ego sim in possessione, vel quasi servitutis. Et ideo ait Justinianus *in actione in rem, quae super rebus corporalibus instituitur, actor, rem, quam petit, non possidet, sed adversarium possidere dicit.* in illis verbis, *et semper in controversiis rerum corporalium is agit, qui non possidet, et qui possidet non est actio prodita, per quam rem actoris esse neget.*

At in controversiis vero servitutum actor etiam possidet,
ut jam diximus, *textus etiam in l. et si forte, 6. §. sciendum, ff. si servit. vend.* dicendo. *Sciendum tamen, in his servitutibus possessorem eumdem esse juris, et petitorem. Et si forte non habeam aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est. Nam cum nihil sit innovatum ipse possidet: Et aedificantem me prohibere potest, et civili actione*, idest actione confessoria, *explicat Glo.* in dictis verbis, *et civili actione, et interdicto. Textus in l. fructuario, 6. §. sicut. ff. si ususfruct. petatur.* et hic est ille casus, in quo is, qui possidet agit actione reali, nempe confessoria, et sustinet actoris partes, ut loquitur Theophilus. Et Cujacius in posterioribus notis ad institutiones. Exemplum est: ego sum in possessione eundi, vel agendi per tuum fundum, tu vero me inquietas actione confessoria, ergo contra te, me nullo modo posse turbare; vel tu vis edificare in tuo fundo, ego pariter sum in possessione ne aedifices, vel altius tolles aedificium, ego possessor sum, ut ait *d. §. sciendum.* si vero aedificatum habeas tu eris possessor, et ages actione negatoria, contra non competere mihi servitutem, ne possit aedificare, vel altius tollere. Hinc in controversiis servitutum, reus non
aestimatur ex possessione, sicut in controversiis rerum cor- 11
poralium, cum possessor esse possit, sed ex modo conveniendi, sive postea sit possessor, sive non, hoc unum est, qui convenit dicitur actor, sive possideat, sive non possideat, sufficit enim ad eum constituendum actorem, si ad judicium provocaverit adversarium suum. *Cujac. tract. 9. ad Africanum in explicatione l. si priusquam, ff. de novi oper. enunciat.*

Rursus in actione rerum corporalium actor rem avocat ab adversario; in actione vero servitutum actor nihil avocat ab adversario suo, sed tantum affirmative agit, habere jus, seu servitutem eundi, vel agendi, et ut ab impedimento desistat, *l. si quis diuturno, 10. ff. si servitut. vend.*

Ulpianus ergo in l. 2. ff. si servitus vend. has actiones proponit dicendo. De servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum, quae ad usumfructum pertinent, tam confessoria, quam negatoria: confessoria ei, qui ser-

vitutem sibi competere contendit, negatoria domino, qui
negat. et copiose discurrit de his actionibus Castill. de usu-
fruct. cap. 7. ubi n. 2. affert differentiam inter confessoriam,
et negatoriam, impugnando illam, quam nonnulli adducunt,
12 confessoriam ita dici, quia affirmative intentatur, negative
vero, quia verbis negativis. Nam vera differentia illa est, quia
confessoria tuetur servitutem, negatoria vero libertatem tue-
tur: nec est insistendum quibus verbis concipiantur.
13 Quamobrem si, qui intentat confessoriam, tenetur proba-
re se esse dominum fundi, cui dicit servitutem deberi. Te-
xtus ad literam in d. l. 2. versic. Haec autem actio. ff. si
servitus vend. in haec verba. Haec autem in rem actio con-
fessoria, non alii, quam domino fundi competit. Servitutem
enim nemo alius vindicare potest, quam is, qui dominium
in fundo vicino habet, cui servitutem dicit deberi. ut hoc
est primum requisitum. Secundum est, ut probet titulum,
seu servitutis constitutionem, quod est causa, et origo istius
actionis, nempe vel per testamentum, vel per contractum,
vel per longam consuetudinem, seu usucapionem, ad formam
textus in l. si quis diuturno. 10. ff. si servitus vindicetur
haec sunt verba. Si quis diuturno usu, et longa quasi pos-
sessione jus aquae ducendae nactus sit, non ei necesse est,
docere de jure, quo aqua constituta est: veluti ex legato,
vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat per
annos fere tot usum se non vi, non clam, non precario pos-
sedisset concordat textus in l. si aquam 2. c. de servitut. et
aqua. ubi ultra longam possessionem ulterius requirit scien-
14 tiam, et patientiam domini servientis, quando essemus in ser-
vitute per usucapionem acquisita, haec sunt verba. Si aquam
per possessionem Martialis eo sciente, duxisti, servitutem
exemplo rerum immobilium tempore quaesisti. et infinitos
auctores allegat Augustin. Barbos. ibidem n. 2. et n. 9. Ego
ipse in 1. lib. de Aquaeduct. cap. 3. quaest. 4. n. 19. et eo-
dem lib. capit. 6. quaest. 9. n. 22. 24. et 60. ut fere alia tria
volumina, ut ex indice apparebit.
Tertium requisitum est, ut probetur molestia adversarii
15 impedientis uti servitute, sive per eum, qui constituit servi-
tutem seu per alium tertium, d. l. si quis diuturno. in §.
agi autem, ff. si servit. vend. in versic. Et generaliter qui-
cumque aquam ducere impediet, hac actione eum eo expe-
riri potero, et copiose Castill. d. cap. 7. n. 6. de usufruct.
Quibus concurrentibus, si actor obtineat pro se senten-
tiam, prout revera ei debetur, condemnandus erit reus, ot
16 praestet aestimationem, aut interesse, quod actoris intererit,
eum libere servitute usum non esse, in his enim actionibus
veniunt etiam fructus, interesse, et damna, quae post litem
contestatam accesserunt, et quae praecesserunt, dummodo
fuerint petita specialiter, textus ad literam, in l. loci cor-
pus 4. § in confessorium ff. si servit. vend. in haec verba.
In confessoriam actionem, quae de servitute movetur,
fructus etiam veniunt. Sed videamus, qui possint esse fru-
ctus servitutis, et est verius id demum fructuum nomine
computandum, si quid sit, quod intersit agentis. servitutem
non prohiberi. Sed ut in negatoria actione (ut Labeo ait)
fructus computantur, quanti interest petitoris, non uti fun-
di sui itinere adversarium, ut hanc sententiam et Pompo-
nius probat. hoc de actione confessoria cum suis requisitis.
Nunc agendum est de negatoria, quae nam sint ejus requisi-
ta necessaria ad illam intentandam.
Hanc quaestionem proposuit Mislagerias centur. 1. obser-
vat. 19. dixit enim duo esse probanda. Primum, quod actor
17 dominium praedii, cujus libertatem affirmant, habeat, vel
jus aliquod in eo habeat: secundum, quod reus praetendat in
eo fundo habere servitutem, sibique competere, ut videntur
probare doctores in d. §. aeque instit. de action. et fundan-
tur in ea ratione, cum, dominium sit causa actionis negato-
18 riae, sicuti ut rei vindicationis, ideo intentans hanc actio-
nem, cum sit actor illud probare tenetur l. doce ancillam c.
de rei vindicat. l. in rem. ff. eod. tit. glos. autem in l. si
prius, quam. 15. ff. de operis novi denunciation. In verbo,
egissent, habet haec verba, idest: probasset, ut hoc proposita
negatoria verbis affirmativis. Sed quis in eo probavit. Re-
spondet quidam, quod reus. qui sibi asserit servitutem de-
beri, non actor. cum neget. l. actor. c. de probation. Sed Io.
quod actor probare tenetur suam rem liberam, quod probat
eo ipso, quod contrarium non probatur, ut c. de servitut.
et aqua l. altius, et l. si in aedibus, in fin. nam cum servi-
tutes ex pacto, vel testamento constituantur constat ali-
quando rem liberam fuisse. ergo et nunc. ut argument. c.
19 de probat. l. sive possess. et sic praesumptio transfert onus
probandi in reum, qui asserit sic, et c. de integr. restitut.
l. 4. in confessoria constat, quod actor probat. d. l. actor.
Alii distinguunt, ut refert Misinger. loco cit. n. 3. Vel in-
tentans negatoriam possidet rem, quae ex adverso praetendi- 20
tur libera, vel non est in possessione. Si primo modo, ajunt
sufficere probare possessionem, quia tunc etiam praesumetur
dominium. quia solum incidenter de eo agitur per textum 21
in l. quidam in suo ff. de condit. institut. quae non facit ad
rem, neque probat ejus intentum. Si secundo necesse erit,
vel probare dominium rei, quam ad se spectare intendit cum
sua libertate, vel probare illud jus, quod praetendit in ea-
dem re habere, et requiratur possessio, probat textus in leg.
sicuti, 8. §. sed si quaeratur ff. si servit. vendit. Sed si
quaeratur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat:
sciendum est possessoris partes sustinere (si quidem tigna
immissa sint) eum, qui servitutem sibi debere ait. Si vero 22
immissa non sint, eum qui negat. Quasi dicat, sufficere ne-
ganti existenti in possessione rei, de qua controvertitur, ad
excludendum sive actoris, sive rei praetensionem absque eo,
quod aliquid aliud probet, et hoc in negatoria; nam in con-
fessoria, esto actor sit in possessione servitutis, tamen quan-
do actione confessoria experietur, tenebitur probare titulum
servitutis constitutae, et habere dominium fundi, cui servi-
tus debetur, nam possessio enim non relevat ab onere pro-
bandi requisita necessaria talis actionis, ut supra diximus; 23
quia primo affirmanti incumbit probatio, nam actor, vel reus
excipiendo se habere servitutem affirmat: secundo, quia 24
quaelibet res in dubio libera praesumitur, ut allodialis, ideo
asserenti rem liberam non esse, incumbit probatio, Anton.
Padilla in l. altius, c. de servitut. et aqua. Thesaur. decis 25
pedemont. 216. et licet sit possessor, tamen tenetur probare
servitutem, vel pacto, vel testamento aut usucapione, probat
Castill. loco sup. cit. n. 10. et nos copiose scripsimus, lib. 1.
de aquaeductu capit. 6. quaest. 4. n. 4. et quaest. 8. n. 44.
et lib. 2. capit. 8. quaest. 2. n. 198. et ita idem sequitur
Bart. in l. si prius. ff. de novi operis nunciat. n. 14. cum
sequenti sequitur ibi Castr. in fin. et latius Florian. de S.
Petro in l. sicuti 6. §. sed si quaeratur ff. si servitus vend.
n. 5. 6. et 7.
Rursus actio confessoria datur ad vindicandam servitutem,
et negatoria ad vindicandam libertatem rei suae. Quemadmo- 26
dum in actionibus rerum corporalium dantur ad vindican-
dum dominium, vel quasi, ita a simili, et actio confessoria,
et negatoria. Idcirco actio confessoria duplex est. alia directa,
alia utilis. Directa illa est, quae datur domino fundi domi- 27
nantis, et qui habet dominium rei, cui debetur servitus, con-
tra dominum fundi servientis, qui talem debet servitutem,
probat d. l. 2. ff. si servitus vindic. in illis verbis. Haec au-
tem in rem actio confessoria, non alii quam domino fundi
competit. Servitutem enim nemo alius vindicare potest,
quam is, qui dominium in fundo vicino habet, cui servitu-
tem dicit deberi.
Utilis vero confessoria illa est, quae competit utile tantum
dominium habenti, vel aliquod jus in re, cui servitutem di-
cimus deberi, veluti creditori, rem eidem obligatam possi-
denti. Textus ad literam in l. ei, qui 16 ff. de servitut.
haec sunt verba. Et qui pignori fundum accepit, non est
iniquum utilem petitionem servitutis dari: sicut ipsius
fundi utilis petitio datur. Idemque servari convenit, et in
eo, ad quem vectigalis fundus pertinet. concordat textus in
l. creditori. 9 ff de operis novi nunciation. in haec verba
creditori, cui pignoris nomine praedium tenetur, permit-
tendum est de jure, idest de servitute, opus novum nuncia-
re: nam ei vindicatio servitutis datur, explicat ibi glo. in
verbo. vindicatio, idest utilis confessoria, non directa. ut
ex eadem lege apparet etiam competere Emphyteutae, ut ibi
explicat Bart. et ita demonstrant illa verba, ad quem vecti-
galis fundus pertinet.
Competit etiam actio confessoria utilis usufructuario, ad 28
quod probandum vulgariter adducitur textus in l. unica §.
itum Juliano ff. de remissionibus, in haec verba. Item Julia-
no placet fructuarium vindicandorum servitutum jus esse:
secundum quod opus novum nunciare poterit vicino, et re-
missio utilis erit. Ipsi autem domino praedii, si nunciave-
rit, remissio inutilis erit, neque sicut adversus vicinum,
ita adversus dominum agere potest, jus ei non esse invito
se altius aedificare, sed si ex hoc facto usufructus dete- 29
rior fiat. petere usumfructum debebit. Idem Julianus scri-
bit de caeteris, quibus aliqua servitus a vicino debetur. et
confirmat, etiam creditori quoque competere, in fin. ejusdem

§. quando dixit. *Ei quoque qui pignori fundam accepit scribit Julianus, non esse iniquum detentionem servitutis dari*

Verum huic decisioni obstare videtur textus pariter ejusdem Ulpiani, cujus est superior in *l. unica. et est in l. 1. ff. si usufruct. petatur.* ubi Ulpianus ait. *Si fundo fructuario servitus debeatur, Marcellus libro octavo apud Julianum sententiam Labeonis, et Nervae probat, existimantium servitutem quidem eum vindicare non posse, verum usumfructum vindicaturum; ac per hoc vicinum, si non patiatur eum ire, agere teneri ei, quasi non patiatur uti, frui.* hoc idem explicat *Bald. in compendio,* dicendo. *Fructuarius non agit confessoria pro servitute accessoria, sed pro ipso usufructu. per quod indirecte consequetur, quod suo jure directe consequi non potest.*

Augetur difficultas, per textum in *d. l. 2. §. haec autem,*
30 *ff. si servitus vindicetur.* ubi actio confessoria soli domino
fundi, cui debetur servitus conceditur. Usufructuarius autem
31 non est dominus fundi, in quo habet usumfructum, quia
ususfructus est jus utendi rebus alienis, salva rerum substantia *l. 1. ff. de usufructu.* Ergo nullo modo usufructuario potest competere actio etiam utilis confessoria.

Sive etiam. quia si usufructuarius actione utili confessoria
agere posset, sequeretur, quod ususfructus cum sit servitus
32 servitutis, servitutem esse. quod est in jure absurdum, ideo
a limine judicii repellendus esset ad formam textus in *l. 1.*
33 *ff. de usu. et usufruct. legat.* 4. in haec verba. *Nec usus, nec ususfructus itineris. actus, viae aquaeductus legari potest. quia servitus servitutis esse non potest. Nec erit utile ex senatusconsulto, quo cavetur, ut omnium, quae in bonis sunt ususfructus legari possit, quia id neque ex bonis, neque extra bona sit. sed incerti actio erit cum haerede, ut*
34 *legatario. quamdiu vixerit. eundi, agendi, ducendi facultatem praestet: aut ea servitus constituatur sub hac cautione, ut si decesserit legatarius, vel capite minutus ex magna causa fuerit. restituatur* hanc quoque sententiam sequi videntur *Bart. in d. l. 1. §. usufructuarius autem n. 16. ff. de oper. novi nunciat. et Fulgos. cum in l. 2. n. 2. ff. eod. tit. idem tenet Cujac. lib. 1. obser. 16. litera D.* quidquid sit.

Amplector expositionem, et conciliationem Castilli de usufruct *d. cap. 17. n. 20.* et mihi quadrat in haec verba. *Quare in proposita difficultate verius existimo dicendum, usufructuarium suo nomine vindicare servitutes debitas praedio fructuario nomine posse, cum non sit dominus fundi,*
35 *nec earum servitutum, et ita procedit text. in l. 1. et in l. uti frui. Digest. si usufruct. petatur. Sed nomine domini, vel procuratorio nomine recte posse, quia velut procurator est in rem suam, et omnium proprietati utilium, custodia, diligentia, et cura censetur illi commissa. l. 1. in fin. cum*
36 *l. sequent. digest. usufructuario, quemadmodum caveat. Et sic procedit textus in l. 1. §. item Juliano. Digest. de remissionibus. Et aperte probatur ibi. dum dicitur, quod fructuario vindicare servitutes permittitur, ut nunciare novum opus, sed nunciatio novi operis fructuario permittitur non suo, sed alieno nomine, hoc est domini, l. 1. §. usufructuarius ff. de novi operis nunciat. Ergo eodem modo, procuratorio scilicet nomine, servitutum vindicatio competit. Quae interpretatio, et distinctio, ait ipse. fuit originaliter Joannis relati a glo. in verbo usumfructum in l. 2. ff. de novi operis nunciat.* et alios plures auctores allegat, et apud eum videri poterit, quod autem agat procuratorio nomine in nunciatione novi operis, probat *l. 1. §. usufructuarius, ff. de oper. novi nunciat.* dicens *usufructuarius autem opus novum*
37 *suo nomine nunciare non potest, sed procuratorio nomine nunciare poterit, vel vindicare usumfructum ab eo, qui novum opus faciat: quae vindicatio praestabitur ei, quod ejus interfuit, opus novum factum non esse,* et quando fuit intentata actio confessoria, et probata fuerant requisita ejusdem, quid consequatur actus ex ea, vide, quae diximus *lib. 1. de aquaeductu cap. 6. qu. 5.* et ad ea me remitto.

QUAESTIO XI.

Quando servitus acquisita dicatur.

SUMMARIUM.

1. Servitus quando acquisita dicatur, et qui actus ad hoc, ut constituatur, sequirantur.
2. Servitus aquaeductus nunquam omittitur, nisi fiat realiter rivus.
3. Legatarius amittit servitutem ignorans sibi legatam, elapso tamen tempore ad illam amittendam, si ea usus non fuerit.
4. Emptor, si acquirat fundum, cui legata fuit servitus viae ab ipso legatario, ignorante viam ei legatam, si antequam labatur tempus ad illam amittendam, usus fuerit, transibit in eumdem emptorem.
5. Nemo alteri stipulari potest.
6. Stipulatio evanescit, ut pervenerit ad eum casum, a quo nequit incipere, et n. sequent.
7. Stipulatio servitutis viae respicit rem, non autem personam, ideo re non existente penes dominum, evanescit.
8. Stipulatio servitutis viae, vel itineris evanescit, si res, pro qua fuit stipulata servitus alienetur ante illius realem constitutionem, quaecumque modo, si venditor vendat actionem personalem, quam habet contra promissorem, an sustineatur stipulatio, offertur sententia Bartoli, et aliorum interpretum divarse adducentium.
9. Stipulationes sunt inventae propter interesse stipulatoris.
10. Emptori haereditatis dantur actiones utiles adversus debitores ejusdem haereditatis.
11. Erubescimus cum sine lege loquimur.
12. Aedificio futuro, quod nondum, est, acquiri potest servitus.
13. Servitus aquaeductus potest constitui etiam nondum aqua inventa.
14. Via stipulari potest pro fundo, qui adhuc non est meus.
15. Contractus, qui in scriptis venit celebrandus nunquam dicetur perfectus, nisi scriptura quoque ut ipsa sit perfecta.
16. L. si sub una. 126. § si quis viam ff. de verbo obligat. interpretatur quomodo sit verum. per alienationem evanescere stipulationem servitutis.
17. Clausula constituti transfert dominium absque alia traditione.
18. Aedificio futuro active, et passive potest imponi, et acquiri servitus.
19. Servitutes, quae constituuntur in ultima voluntate, et quae in conventionibus differunt inter se in modo constituendi, et quae nam sint differentiae.
20. Servitus regulariter non dicitur acquisita perfecte, quando aliquid deest perficiendum, vel quando non concurrit consensus eorum qui habent jus in ea, nec per consequens poterit uti.
21. Quod non est peti non potest.
22. Servitutis jus tacite legatum, non transit in legatarium adita haereditate, exemplum est in l. testatrix. ff. si servitus vend.
23. Dominium rei legatae a die aditae haereditatis transit in legatarium, et si illud non acceptaverit nunquam dicetur acquisitum fuisse.
24. Legato usufructu in omnia censentur legata, sive quibus usufructuarius uti non potest usufructu.

Licet quis per contractum, vel etiam ultimam voluntatem 1
servitutem constituat, vel etiam per usucapionem, ut in superioribus quaestionibus dictum est, attamen etsi sit constituta, non propterea illico constituitur realiter. sed tunc demum, quando sequi usus cum patientia, quae stant loco traditionis. et diximus *supra quaest. 9.* Exemplum esse potest in *l. si partem 19. ff. quemadmod. servitut. amittantur.*

Si partem fundi vendendo lege caverim, ut per eam partem in reliquum fundum meum aquam ducerem, et statutum
tempus intercesserit, antequam rivum facerem, nihil juris 2
amitto, quia nullum iter aquae fuit, sed manet mihi jus integrum. quod si fecissem iter, nec usus essem. amittam, sequitur postea loquendo de servitute legata, aliud determinando.

Si per fundum meum viam tibi legavero. et adita mea haereditate, per constitutum tempus ad amittendam servi-
tutem, ignoraveris eam tibi legatam esse. omittes viam non 3
utendo, quod si intra id tempus, antequam scires tibi lega-
tam servitutem, tuum fundum vendideris, ad emptorem via 4
pertinebit, si reliquo tempore ea usus fuerit, scilicet, quia tuo esse coeperat, ut jam nec jus repudiandi legatum tibi posse contingere, cum ad te fundus non pertineat. ecce magna est discrepantia primo inter servitutem, quae constituitur per conventionem et quae constituitur in ultima voluntate, nam quae in conventione, donec realiter constituatur, non dicetur vere, et realiter acquisita, quia nondum secuta est traditio, seu usus cum patientia, quae stat loco traditionis; quamobrem, si dominans stipulatus sit iter, vel viam per fundum vicini, et antequam constitueret servitutem eum-
dem fundum alienaverit, stipulatio illa cum pervenerit ad 5
casum, a quo incipere nequit, inutilis redditur stipulatio illa, cum nemo alteri stipulari possit *§. alteri stipulari instit. de inutil. stipulation. l. existimo 98. ff. de verbo obligat.* in illis verbis. *Sed si fundi dominus sub conditione viam stipulatus fuerit, statim fundo alienato, evanescit stipulatio,* et maxime secundum illorum opinionem, qui etiam ea, quae recte constituerint, resolvi putant, cum in eum casum reciderint, a quo non potuerunt consistere, sed clarius in *l. si sub una, 136. §. si quis ff. de verbo obligat.* in haec verba, *si quis viam ad fundum suum dari stipulatus fuerit, postea fundum, partemve ejus ante constitutam servitutem alienaverit: evanescit stipulatio,* quia adhuc actus, seu dispositio non est perfecta. *Bart. ibidem, et in l. pluribus, 140. §. et si placeat,* ratio autem rationis est, ut ait *Bart. in d. §. et si placeat.*
in fine. quia haec stipulatio respicit rem proprie, non autem 7
personam, et ideo cum res amplius non sit in suo dominio, ideo stipulatio evanescit, quod secus esset, si respiceret personam, ut ibi *sub n. 3 in fine, et idem dicit in d. § si quis viam sub. n. 1.*

Sed magis quadrate explicat hanc materiam seu propositionem nostram Ugo Donellus in eodem ⅌. *si quis viam*, qui cum erudite loquatur non me piget ejusdem verba hic referre, ait ergo, *eas res quisque sibi dari recte stipulatur, quae et ei dari possunt, quae autem non possunt frustra, ut si quis stipulatur rem suam l. si stipulor.* 25. *l. nemo* 28. *supra. Est autem servitus praedii veluti viae, itineris ea natura, ut hanc nemo acquirere possit, nisi praedio suo: alieno nemo potest, ac nec communi quidem l.* 1. *l. proprium: l. si quis duas in princip. supra communi praedior. Ea re fit ut viam quoque ad fundum alienum stipuletur quis inutiliter: eademque de causa inutiliter et socius ad fundum communem: scilicet, quia neutri dari potest. l. si unus supra de servitut. rustic. praedior. Finge, stipulatum esse aliquem ab initio viam ad fundum suum deinde ante constitutam servitutem fundum alienasse, aut in totum, aut pro parte: hic traditur evanescere stipulationem. Non alia id quidem de causa, quum quod deducta sit stipulatio in eum casum, a qua incipere non poterat, ut de hac specie scriptum est in l. pro parte, de servitutibus* cujus haec sunt verba. *Pro parte dominii servitatem acquiri non posse, vulgo traditur. Et ideo si quis fundum habens, viam stipuletur, et partem fundi sui alienet, corrumpit stipulationem, in eum casum deducendo, a quo stipulatio incipere non possit.* Sequitur Donellus. *Itaque sub una specie rerum in stipulatione deductarum confirmat hoc loco Paulus generale illud, de quo diximus ad l. si ex legati. et l. existimo supra eod. cum in eum casum recidit stipulatio, a quo incipere non potest, vitiari obligationem, d. l. pro parte, ff. item contra. Instit. de inutilibus stipulationibus.*

Ex huc usque dictis insurgit pulcherrima quaestio, quae excedit nostrae propositae quaestionis limites, sed quia facit ad rem de qua agimus (indulge quaeso mihi benevole lector)
8 ideo eam propono, cujus inventor est Bart. Demus casum contractam fuisse stipulationem servitatis viae, vel itineris, sed tamen non fuit realiter constituta, certum est; ut jam dictum est, stipulationem inutilem fieri, si stipulator alienet fundum ante constitutionem; quid modo in alienando fundum, si stipulator faceret cessionem actionis personalis, quam habet stipulator, seu illius fundi venditor, an talis servitus sustineatur.

Bart. in d. l. si quis viam, hoc modo respondit. Aut ante cedit, et postea vendidit, et non valuit cessio: quia facta non domino. Aut primo vendidit, postea cedit, et non valet, quia jam est extincta, ut hic. Aut eodem momento facit utrumque et intelligo vendidit, et dominium transfert: quia contractus celebratur in fundo; vel constituit se possidere nomine emptoris, et actionem reddit, tunc non extinguitur stipulatio eadem ratione, quia non extinguitur in haerede, ut dictum est, quidquid dicat glos. et haec Bart.

Dictum Bart. approbare videtur *Imol. in* ⅌. *si quis sub num.* 1. *versic. sed quomodo potest cedi* in illis verbis. *Unde hoc casu non potest fieri cessio ante venditionem, quia fieret non domino; nec post, quia cum esset extincta, posset tamen fieri eodem momento, quo venditur, et dominium transfertur; ut quia contractus celebratur in fundo, vel quia venditor constituit, se possidere nomine emptoris, et tunc cedit, num tunc non extinguitur stipulatio, sed transit in emptorem propter cessionem, eadem ratione, qua transit in haeredem, in quem eodem tempore transit dominium rei, et jus rei, et jus stipulationis.*

Albericus vero in *eodem* ⅌. *si quis, seu melius in l. si sub una*, in qua postea explicat eumdem ⅌. *si quis ff. de verbo. obligat.* titubare videtur, et contra dictum glossae, et contra Bart. adducendo plures rationes, et leges, ut apud eum potest videri num. 4. videlicet, sive quia per alienationem fundi stipulatio evanescit, juxta dispositionem ⅌. *si quis*, sive
9 quia venditoris non interest. Stipulationes autem propter interesse stipulatoris sunt inventae, *l. stipulatio ista* 38. *alteri ff.* de verbo. obligat. ibi. *Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, vel filius patri stipuletur, inventae enim sunt hujusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi acquirat, quod sua interest.* et cum stipulatio evanuerit, ergo neque cedi potest, ad quod ipsemet respondit: si venditoris non interest, interest tamen emptoris, qui censetur, una, et eadem persona cum venditore, *l. emptori. c, de haeredit. vel action. vendit.* in haec verba. *Em-*
10 *ptor haereditatis, actionibus mandatis, eo jure uti debet, quo is, cujus persona fungitur. Quamvis utiles etiam adversus debitores haereditarios actiones emptori tribui placuit.* Demus casum hunc venditorem vendidisse totam haereditatem post stipulatam servitutem viae, vel itineris, ante tamen illius constitutionem, in qua haereditate continetur ille fundus, cui fuerat stipulata servitus, quare non erit dicendum, et illam obligationem fuisse translatam in emptorem contra promissorem ad constituendam servitutem:
postremo dixit de hac cessione nulla lege caveri, et erube- 11
scimus cum sine lege loquimur, *ut ubi.* Quem acrius sequi videtur *Alciat. in eodem* ⅌. *si quis*, qui et ipse pedem fixit, cum nec ante, nec post alienationem possit fieri realis cessio. Non aute, ut *n.* 4. in haec verba.

Sed quid si stipulator in alienatione fundi etiam id jus emptoris cesserit, quod adversus promissorem competebat? Et videretur id frustra fieri, aut enim cessit ante quam dominium fundi transferret in emptorem, et cessio est nulla, quia non habenti fundum, servitus praedialis deberi non potest: aut cessit post translationem dominii; et adhuc nulla est, quia cessit, quod non habebat translatione dominii evanuerit stipulatio, et ita sentit Accurs. consentiuntque omnes cum de promissione agitur, quae servitutis, et sic juris praedialis constituendae causa celebrata est, deest enim substantia stipulationis et litera E idem Alciatus improbat dictum Imolae si fiat cessio ante traditionem rei, quia ait ipse; *qui dominus fundi non est, non potest illi pure servitatem stipulari, per textum in d. l. existimo* 98. *ff. de verbo obligat.* addo ergo; ait idem Alciatus, *nec conditionaliter in casum, quo res ipsa deberet extingui.* verum Paulo inferius affert exemplum Torquati. veluti: *si fundus sit venditus cum omni jure, et actione sibi competente, quam ex nunc redit, constituendo emptorem procuratorem in rem suam ad agendum contra quemlibet.* Sed postea Alciatus hoc impugnat, quia Torquatus non probat hanc clausulam ad stipulationes trahi, quae illo actu extinguantur. Unde ipse postea alium casum, seu dictum proponit, quod mihi quidem non displicet, sed non concordat cum dicto Bart. inservit tantum pro documento, dicens. *Certior ergo est casus, si venditor talem facultatem stipulatus non solum pro se esset, sed etiam pro quocumque cui illum fundum daret. Nec enim videtur dubitandum, quin successor singularis possit ratum habere, tamquam ipse a principio ita stipulatus esset.*

Dictis tantorum virorum animus meus acquiescere nequit, non praeterea os in coelum ponere intendo quia gradus meus non potest eorum sapientiam consequari, verum tamen votum meum in medium proponam, sed armis, hoc est legibus, per manus tenendo, quo per te inspecto, humanissime lector, te ipsum judicem constituo, ut judices, et percutiam punctum, de quo controvertitur, si male, totum temeritati meae adscribe, si bene laudem referas Omnipotenti Deo, qui eligit infirma etc. et in primis adducam leges. quae obstare videntur dictis Alciati, Alberici, et aliorum interpret.

In primis adducam leges, quae nos inducent ad veritatem quaestionis cognoscendam, non me latet aedificio futu-
ro posse acquiri servitutem, extra dentes loquitur Pompo- 12
nius *in leg. si servitus.* 22. *cum suo* ⅌. *ff. de servitut. urban. praedior.* verba haec sunt. *Si servitus imposita fuerit, lumine, quae nunc sunt, ut ita sint de futuris luminibus nihil caveri videtur. Quod si ita sit cautum, ne luminibus officiatur, quia ambigua est scriptura, utrum ne iis luminibus officiatur, quae nunc sunt, an etiam iis, quae postea quoque fuerint, humanius est, verbo generali omne lumen significari; sive quod in praesenti, sive quod post tempus conventionis contigerit.* Si ergo novum construatur aedificium, certum est ei fuisse acquisitam servitutem, ne quoque ejus luminibus officiatur cum illud sit futurum, sed clarius ex ejus ⅌. *futuro aedificio*, in haec verba.

Futuro quoque aedificio, quod nondum est, vel imponi, vel acquiri servitus potest, pariter est textus *in leg. Labeo* 10. *ff. de servitut. rusticor. praedior.* et haec sunt verba.

Labeo ait, et talem servitutem constitui posse, ut aquam quaerere, et inventam ducere liceat. Nam si liceat nondum 13
aedificato aedificio servitutem constituere quare non aeque liceat nondum inventa aqua, itidem constituere servitutem? et si ut quaerere liceat, cedere possumus; etiam ut inventa ducatur cedi potest.

Adduco pariter textum *in leg. existimo* 98. *ff de verbo.* 14
obligat. supra adducta *hac eadem quaestion.* in illis verbis. *Item viam stipulari ad fundum posse, quamquam interim fundus non sit meus,*

Similiter adduco textum in *l. si qua* 21. *et l. imo* 1. *ff. si servitus vindicetur* prima est *Labeonis*, secunda *Pauli*,

prims secundae contraristur, dicendo. *Si qua aqua nondum apparet, ejus iter ductus constitui non potest.* Paulus vero contrariatur primae, imo eum videtur reprehendere, dicendo. *Imo puto idcirco id falsum esse, quia cedi potest, ut aquam quaereres, sed et inventam ducere liceat.* Quibus positis, moneo te, humanissime lector, hanc eamdem quaestionem me resolvisse *tom. 4. de aquaeductu, quaest.* 45. in punctualibus terminis ibique affirmavimus, primum assumptum, videlicet, stipulationem servitutis viae pro fundo suo, facta alienatione illius fundi statim evanescere, a n. 15. usque ad finem, secundum assumptum, an talis obligatio potuerit cedi ipsimet emptori, pariter affirmative resolvimus illud et recte, ideo te remitto quoque ad ibi dicta, quae tibi quoque inservient pro majori veritatis cognitione, et pro confirmatione nostrae sententiae, quam in medium proferre intendo ultra ibi dicta, et hoc ad effectum respondendi auctoribus supra citatis, quibus juribus supra adductis stantibus.

Conclusio nostra est, nedum venditorem posse cedere illam obligationem in actu alienationis unico et eodem contextu, et in eodem instrumento, sed etiam ante ipsam alienationem.

Prima pars conclusionis probatur. Nam certum est in jure, quotiescumque contractus est celebrandus in scriptis,
15 nunquam dici perfectus, nisi perfecta scriptura, ad formam textus *in* ?. 1. *institut. tit. de emption. et vendit.* in illis verbis. *In iis autem, quae scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem, et emptionem constituimus, nisi et instrumenta emptionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta; a contrahentibus autem subscripta: et si per tabelliones fiunt, nisi et complexiones acceperint, et fuerint partibus absoluta. Donec enim aliquid deest ex his, et poenitentiae locus, et potest emptor, vel venditor sine poena recedere ob emptione.* Quibus stantibus, quando notarius disponit, et instrumentum legit partibus, certum est nullum dominium transferri, nec aliquod jus in acquirentiam, nisi per notarium, partibus mandantibus, instrumentum fuerit rogatum, nam antequam partes jubeant notarium rogare instrumentum, ut dictum est, partes poenitere possunt; sed sic est quando notarius testatur se fuisse rogatum de tali, vel tali instrumento, jam omnia secundum dispositionis ordinem ejusdem instrumenti unico, et indivisibili actu facta sunt, et stipulata, ergo non est dare medium inter stipulationem, quae evanescit, et illius obligationem personalem cessam in eodem instrumento respectu stipulatae servitutis, ergo vera erit cessio, et actio, seu obligatio personalis una cum venditione, et cessione transibit in acquirentem antequam evanescat, nam eodem tempore, quo evanescit stipulatio eodem tempore jura transeunt simul in acquirentem statim perfecto contractu. Nam antequam notarius stipuletur instrumentum, ultimo loco, habet haec verba. Et ambae partes mandant, me esse rogatum de praesenti instrumento; certum est partes ipsas poenitere posse, per illa verba, *donec ei ex iis aliquid deest, partes poenitere posse.* Quando au-
16 tem J. C. *in d. l. si sub una* 136. ?. *si quis viam, ff. de verbo obligat.* dixit per alienationem fundi evanuisse stipulationem servitutis, loquitur quando stipulatio sine scriptura contrahitur, seu fundus venditur absque scriptura, ut disponit idem ?. 1. *empt. et vendit.* dum ait *emptio et venditio contrahitur, simul atque de pretio convenerit, quamvis pre-*
17 *tium nondum numeratum sit.* Et magis procedit, quando adest clausula constituti per quam transfertur dominium absque alia traditione *l. quod meo* 18. *ff. de acquirend. possess. Guid. Pap. decis.* 268. *Riccius in suis collectan. dec.* 55. et ut ait Bart. supra relatus.

Quo vero ad secundam partem conclusionis, probatur ex juribus supra allatis, nempe per textum *in d. l. si servitus.* 22. ?. *futuro quoque aedificio, quod nondum est, vel imponi, vel acquiri servitus potest,* si ergo tam ex parte servientis, quam ex parte dominantis, vel melius ex parte servire debentis potest imponi servitus, licet non adsit fundus, vel praedium, quod servire debet, prout idem tenet Alciatus *loco sup. cit.* quando dixit, *eum potest, qui fundum non habet servitutem providere; et qui promittit rem, cujus commercium non habet, non ideo liberatur, sed sibi imputet; satis enim est stipulatorem ejus juris capacem esse*, quod et supra diximus merito ergo remanebit promissor obligatus, et cum eo actione ex stipulatu, quae in persona est, agi poterit, et ita pro parte promissoris admittit Alciatus posse promitti servitutem licet fundus non habeat, qui servire debet, secus vero ex parte stipulatoris, in haec verba.

Sed quid si stipulator in alienatione fundi etiam id jus emptori cesserit, quod adversus promissorem competebat? et videatur frustra id fieri, aut enim cessit antequam dominium fundi transferret in emptorem; et cessio est nulla, quia non habenti fundum servitus praedialis deberi non potest, haec enim propositio est contra dispositionem textus *in d.* ?. *futuro aedificio*, dum sit futuro aedificio, quod non-
dum est, et imponi, et acquiri servitus potest, ergo male infert 18
nullam esse talem cessionem quia aedificio non existenti acquiri nequit servitus praedialis, hoc est enim ex diametro contrarium dispositioni dicti ?. *futuro, et l. Labeo* sit supra extensa, si ergo futuro aedificio, vel active, vel passive potest servitus imponi, etsi non adsit fundus ab utraque parte quid implicat, et actionem personalem dictae stipulationis pro servitute imponenda, antequam fundus alienetur in cedentem cedere? et ad corroborandam nostram conclusionem concurrunt jura supra extensa, ergo vera est nostra conclusio.

Redeundo igitur ad casum, a quo digressi sumus, nempe
quando dicatur acquisita servitus; differunt enim servitutes, 19
quae constituuntur in conventionibus, et contractibus ab iis, quae constituuntur in ultima voluntate; certum est enim servitutes, quae per conventionem constituuntur, seu acquiruntur, non alias acquiri, nisi per veram, et realem traditionem, hoc est per usum, et patientiam, quae stant loco traditionis, ut plenario diximus *lib. 1. de aquae ductu cap. 1. qu. 1. a num. 49. ad 54.* et haec magis procedunt quando in constituenda servitute aliquod opus requiritur, ut hac eadem quaestione diximus n. 2.

Quamobrem tam in contractibus quam in ultimis voluntatibus, in quibus dominium rei legatae a die mortis testatoris et adita haereditatis recta vis transit in legatarium, sive sit rei corporalis, sive incorporalis, veluti sunt servitutes ut probat *d. l. si partem,* ?. *si per fundum*, ut supra, et ibi notat Bart. cum aliis interpretibus ad eamdem legem, *Caepola de servitut. urbanor. praedior. cap. 21. sub n. 1. et 2.* quando
tamen servitus est expresse legata, constituenda est regula, 20
quotiescumque in qualibet servitute constituta, sive in contractibus, sive in ultima voluntate aliquod opus requiritur, tunc nunquam dicetur acquisita, donec fuerit perfecte constituta, veluti in allato exemplo servitutis viae legatae, fundo communi duorum, donec et usquequo concurrat consensus utriusque ubi venit constituenda, nisi sequatur amborum consensus nunquam dicetur constituta, nec per consequens amitti poterit, prout dicitur de aquaeductu, ubi adhuc aquae iter non fuerit constitutum, neque acquiritur; neque deperditur, similiter in servitute tigni immittendi, donec enim tignum immittatur nihil acquiritur, neque deperditur, idem in stillicidio, et in omnibus servitutibus requirentibus ad illarum perfectionem aliquod opus; et ratio est in promptu, illud perire non posse, quod nunquam fuit, *ait Bald. in leg. 1.* ?. *fin. ff. quib. mod. ususfructus amittatur* et Clarius loquitur *textus in l. in provincioli* 3. *c. de servitut. et aqua.* ait enim. *Et provinciali praedio constitui aquaeductus, vel aliae servitutes possunt: si ea praecesserint, quae servitutes constituunt.* Hinc etiam si quis induxerit me in fundum suum
animo constituendi mihi servitutem, licet statim dicatur con- 21
stituta servitus *l. 3. vers. dare ff. de usufructu. Dare autem intelligitur si induxerit in fundum legatarium, eumve patiatur frui.* Attamen si exempli gratia de itinere constituendo, vel actu agatur, et antequam eo uti possit, requiritur aliquod opus, non propterea dicetur perfecte acquisita servitus, nisi donec et usque quo opus illud praestetur, per quod uti possis tali servitute, ita etiam Caepola de servit. urbanorum praediorum, *cap. 21. sub num. 1.*

Diximus si expresse legata fuerit servitus in testamento, ut procedunt ea, quae superius diximus. Aliud autem est dicendum, si servitus tacite fuisset legata in testamento, quia per
legatum tacitum non transiret jus servitutis, sicut nec etiam 22
ipso jure dominium, textus in *l. testatrix fundo*, 20. *ff. si servitus vindicetur*, et haec sunt ejus verba. *Testatrix fundo, quem legaverat, casus junctus habuit: quaesitum est, si haec fundo legato non cederent, eumque legatarius vindicasset, an iste fundus aliquam servitutem casis deberet, aut si ex fideicommissi causa cum sibi dari legatarius desideraret, haeredes servitutem aliquam casis excipere deberent? Respondi debere* concordat cum *l. servum filii* 46. ?. *si duos. ff. de legatis* 1. haec sunt ejus verba. *Si duos fundos habens testator alterius mihi usumfructum, alterum Titio leget; additum mihi legatarius non debebit, sed haeres cogetur redimere additum, et praestare*, et Clarius *in l. d-o*

mans esto. 15. §. *qui duos ff. de usufructu legato.* in haec verba. *Qui duos fundos habebat, unum legavit, et alterius fundi usumfructum alii legavit. Quaero, si ususfructuarius ad fundum aliunde viam non habeat, quam per illum fundum, qui legatus est, an fructuario servitus debeatur? Respondi quemadmodum, si in haereditate esset fundus, per quem fructuario posset praestari via, secundum voluntatem defuncti, videretur id exigere ab haerede: ita et in hac specie non aliter concedendum esse legatario fundum vindicare, nisi prius transeundi jus usufructuario praestet, ut haec forma in agris servetur, quae vivo testatore obtinuit, sive donec ususfructus permanet, sive dum ad suam proprietatem redierit.*

Ex quibus omnibus juribus apparet differentia, quae est inter legatum servitutis expressum, et tacitum. Nam ut diximus in servitute expresso legata transit recte vis in legatarium, pro ut dominium rei corporalis *l. a Titio* 66. *ff. de*
23 *furtis in fin.* in haec verba. *Quia ea, quae legantur recto via ab eo qui legavit, ad eum, cui legata sunt, transeunt. adita tamen semper haereditate* concordat textus *in leg. si tibi homo* 88. §. *cum servus, ff. de legat.* 1. in illis verbis. *Nam si legatarius repulerit a se legatum, nunquam ejus fuisse videbitur, si non repulerit, ex die aditae haereditatis ejus intelligitur secundum hanc regulam.*

Quando vero sumus in legato tacito servitutis evidenter apparet, servitutem ipso jure non esse constitutam, sed esse constituendam; veluti si agatur de usufructu legato alterius fundi, ut constituatur servitus viae, vel itineris ipsimet usufructuario ad hoc ut possit uti frui, alias legatum redderetur inutile contra dispositionem testatoris, per quam legatus est ususfructus, et etiam censentur tacite legata ea, sine quibus uti, frui nequit ususfructuarius ad formam dicti §. *qui duos*, seu etiam ad normam textus *in dicta l. testatrix.* onus enim erit haeredis excipere servitutem in fundo legato respectu causarum. Quam differentiam etiam probat *Florian. de S. Petro in d. l. testatrix, in fin.*

QUAESTIO XII.

Ad quem spectet electio loci, in quo est constituenda servitus, sive per contractum, sive per ultimam voluntatem, an ad dominantem an vero ad servientem.

SUMMARIUM.

1. Electio loci pro servitute constituenda ad quem spectet sive sit constituenda per contractum, sive per ultimam voluntatem. Servitute legata, vel per contractum constituenda, totus fundus afficitur, seu totus est suppositus servituti, si vel testator, vel contrahentes indefinite sunt locuti, sed facta electione caeterae fundi partes sunt liberae.
3. Dominans licet habeat totum fundum obligatum pro constituenda servitute, attamen illam eligere debet ad minus damnum servientis.
4. Quaedam tacite dicuntur excepta in generali sermone, licet de eis non appareat, nam civili modo sermo generalis est intelligendus.
5. Servitus per arbitrum potest constitui, seu locum eligi.
6. Sermo generalis nihil excipit, sed omnia includi videntur.
7. Indefinita aequipollet universali, veluti ne luminibus officiatur, includit etiam futura.
8. Indefinita a lege prolata habet vim universalis.
9. Sermo generalis non continet ea, quae ex contrahentium mente, vel ex conjecturis, et praesumptionibus declarentur noluisse includi.
10. Obligatio generalis non continet, res quas quis specialiter non esset obligaturus, et quae sint res, quas specialiter non esset obligaturus, hic enumerantur.
11. Qui omne dicit nihil excludit.
12. Legatum generale non comprehendit res casuales, praecipue legatum, ususfructus, ut hic.
13. Dictus tamen legatum generali omnia comprehendi, etiam quae specialiter non esset testator legaturus, vel debitor obligaturus, reprobatur.
14. Donatio inter vivos simpliciter facta de bonis praesentibus, et futuris non continet supellectilia.
15. Lana legata, non venit lana tincta, nisi diceret, omnem lanam.
16. Verba generalia civili modo sunt restringenda ad ea, quae commode fieri possunt.
17. Verbum universale recipit restrictionem de habilitate.
18. Dominus serviens concedens dominanti constituendi servitutem in suo fundo, licet generalis sit concessio, tamen non est verisimile voluisse concedere per medias vineas.
19. L. Si servitus, quae indefinite, sive etiam generaliter loquitur, interpretatur quomodo sit intelligenda quae loquitur ne luminibus officiatur.
20. Dominans, quando habet fundum servientem totum obligatum, potest eligere locum, et electum, illum variare.
21. Servitus viae, vel itineris legata simpliciter in testamento, licet totum fundum habeat servientem, tamen facta electione caeterae glebae fundi sunt liberae, quinimo etiam si generaliter, vel universaliter, nisi de hoc expresse constet, totum fundum servire debere, interpretatio fit restrictiva, ne quis indebite patiatur damnum.
22. Judex ipse poterit locum servitutis constituendae determinare.
23. Verba, de me, et de meis ad libitum suum faciat, non sequitur, quod donet sua, sed erunt modificanda secundum communem usum, et interpretationem, semper honesta, et non animo modo.
24. Serviens potest ad sui placitum servitutem variare, absque tamen detrimento dominantis, non vero ipse dominans.
25. Locator, providendo de alia simili habitatione conductori, liberatur, nec ad aliquid tenetur conductori.
26. Conditio domini servientis favorabilior est in mutanda servitute sine damno dominantis.
26. Electio loci pro servitute ad quem spectet remissive.
28. Servitus quomodo amittatur remissive.
29. Servitus tigni non amittitur, quamvis tignum sit sublatum, dummodo foramen adhuc remaneat.
30. Servitus aquaeductus non amittitur, nisi factus fuerit rivus, et eo quis usus non fuerit per debitum tempus.
31. Servitutes, quae nullum opus hominis desiderant, decennio inter praesentes, et vicennio inter absentes, amittuntur.

Difficultas istius quaestionis in eo consistere potest, quando conceditur servitus, sive per contractum, sive per ultimam voluntatem, aliquando dubitari contingit circa electionem loci pro servitute constituenda, in qua parte veniat con- 1
stituenda, vel ad quem spectet electio loci servire debentis. Demus casum, contrahentes, seu concedentes vel testatores in suis dispositionibus dixisse, concedo tibi in fundo meo servitutem viae, vel itineris, vel concedo tibi facultatem aquam ducendi per fundum meum, vel lego tibi servitutem aquaeductus in fundo meo, simpliciter nihil aliud addendo, 2
certum est in eo casu totum fundum servire. *l. si cui* 9. *ff. de servitut. ubi Bart. et Florian. de S. Petro.* attamen facta electione loci caeterae partes fundi servientis liberae sunt. *l. certo generi*, §. *si totus. ff. de servitut. rusticor. praedior. in versic. At si iter, actusve sine ulla determinatione legatus est, modus determinabitur: et qua primum iter determinatum est, ea servitus consistit: caeterae partes agri liberae sunt.* Ideo studiose attendenda veniunt verba tum concessionis, tum conventionis, tum ultimae voluntatis; enim vero si simpliciter, et generaliter dictum fuit: concedo tibi servitutem, vel itineris, vel viae, vel aquaeductus, vel testator dixerit, lego Titio servitutem viae, vel actus, vel aquaeductus in tali, vel tali fundo, quodammodo generaliter, et indefinite tunc,

Nostram in primis constituimus conclusionem, quod licet 3
totus fundus indefinite serviat, attamen non est in facultate dominantis servitutem eligere per medium fundum, seu villam, sed eam eligere debet ad minus damnum servientis, licet totus fundus illi serviat ante electionem; ea ratione, quia in generali sermone. quaedam tacite excipiuntur, licet de hoc non appareat textus *ad literam in l. sicut simplici, ff. de servitut.* haec sunt verba.

Si cui simplici (hoc est, *si sine electione certi loci*, explicat gloss. in eisdem verbis) *usu via per fundum cujuspiam concedatur, vel relinquatur, in infinito videlicet, per quamlibet ejus partem ire, agere licebit: civili tamen modo. Nam quaedam in sermone tacite excipiuntur. Non* 4
enim per villam ipsam, nec per medias vineas ire, agere ipse sinendus est: cum id aeque commode per alteram partem facere possit, et minore servientis fundi detrimento. Verum constitit, ut qua primum viam direxisset, ea demum ire, agere deberet: nec amplius mutandae ejus potestatem haberet; sicut et Sabino quoque videbatur: qui argumento rivi utebatur: quem primo qualibet ducere licuisset, posteaquam ductus esset transferre non liceret, quod et in via servandum esse, verum est, concordat pariter textus *in d.* §. *si totus ager. ad versic. At iter*, supra extensio, et in fine sit. *Igitur arbiter dandus est. qui utroque* 5
casu viam determinare debet idem testatur. *Florian. de S. Petro in d. l. si cui via. Paul. de Castr. Alberic Angel. de Perusio ibidem*, et caeteri interpretes *ad dictam l. si cui*, et loquuntur in terminis.

Verum obstare videtur regula generalis, quod in generali
sermone nihil excipitur probat *textus in l. si servitus.* 22. 6
ff. de servitut. urban. praedior. cujus haec sunt verba, *quod si ita sit cautum, ne luminibus officiatur, quia ambigua est scriptura, utrum ne iis luminibus officiatur, quae nunc sunt, an etiam iis. quae postea quoque fuerint, humanius est, vulgo generali omne lumen significari sive quod in praesenti, sive quod post tempus conventionis contige-*

7 *rit*, ergo cum indafiuite fuerit concessa facultas habendi, vel
acquirendi servitutem in tali faudo, electio erit dominautis
eligendi locum pro servituto, quem maluerit, at plures
alios textus adducit *Augustin*. *Barbos. in axiomat. juris.*
22. *numero* 36. *et* 37. ampliat, dictum babere locum etiam
in poenalibus, at odiosis, nec non et correctoriis, tanto ma-
gis quia indefinita aequipollet universali, ut pluribus legibus
8 probat. *idem Barbos. axiomat.* 123. *n.* 1. *et sequent.* et
praecipue quando indefinita a lege est prolata, quia tunc
vim habet universalis, *ut ibi n.* 6. ergo 4.

9 Ad hoc tamen argumentum respondetur illud non proce-
dere, quoties aliud apparent ex mente contrahantium, vel
ex conjecturis, et praesumptionibus, ad formam textus *in l.
obligatione generali* 6. *ff. de pignorib. et hypothecis*, ait
enim. *Obligatione generali rerum, quas quis habuit, ha-
10 biturusve est, ea non continebuntur, quae verisimile est,
quemquam specialiter obligaturum non fuisse, ut puta
supellex item vestis relinquenda est debitori, et ex manci-
piis, quae in usu habent, ut certum sit eum pignori datu-
rum non fuisse. Proinde de ministeriis ejus perquam ei
necessariis, vel quae ad affectionem ejus pertinent et l. vel* 7.
*eodem tit. Vel quas in usum quotidianum habentur, ser-
viana non competit*. et plores alios textos concordantes ad-
ducit *glos. in d. l. obligatione*, in verbis, *non fuisse*, et
clarius, *textus in lib.* 1. *c. quae res pignor. oblig. poss.*
dicens. *Alumnos tuos. et caeteras res. quas neminem cre-
dibile est pignori specialiter daturum fuisse, generali pa-
cti conventione. quae de bonis sais facta est. in causa pi-
gnoris non fuisse, rationis est*, et licet *dec. in l. omnia*,
n. 1. constituat differentium inter dispositionem universa-
lem, et indafinitam, ea ratione, quia qui omnia dicit nihil
11 excludit, per textum *in l. Julianus. ff. de legat.* 3. *et in
12 l. a procuratore. c. mandat*, et ideo (ait dec.) licet in
generali legato res venales non comprehendantur. *l. gene-
rali* 32. *§. uxori. ff. de usufruct. legat.* haec sont ejus
verba. *Uxori usumfructum dam 'um. et omnium rerum. quae
in his domibus erant, excepto argento, legaverat: item
usumfructum fundorum. et salinarum. Quaesitum est,
an lanae cujuscumque coloris mercis causa paratae, item
purpurae. quae in domibus erant, ususfructas ei deberetur?
Respondi, escept. urgento, et iis quae mercis causa com-
parata sunt, caeterorum omnium usumfructum habere
legatariam*, attamen Dec. non obstante hoc textu, tenet
contrarium ratione illius dictionis universalis, et hanc suam
opinionem probat per textum *in l. Julianus.* 66. *ff. de le-
gat.* 3. per haec verba. *Julianus respondit, testatorem adji-
ciendo, praedium Seranum, omne. eam quoque partem fun-
di suprascripti, quasi ad se pertinentem videri per fidei-
commissum reliquisse. quam ex causa pignoris nactus esset,
salvo scilicet jure debitoris*, et per consequens ait idem
Dec. ibidem. Et ea his alias dicebatur, quod *leg. obligatio-
ne generali, ff. de pignor.* non haberet locum in eo, qui
omnia sua bona obligaret constituendo differentiam, inter
dictionem universalem, et indefinitam.

13 Attamen haec Decij opinio reprobatur et ab ea cavendum
esse, et praecipue judices, ut bene advertit *Arias Pinell.
de bon. mateen. in rubr. part.* 1. *n.* 47. in judicando prope
finem, et hanc eamdem sententiam reprobat *Cagnolus in
l. fin. c. de pact. n.* 254. qui cum clare loquatur, ejus verba
referam, ait ergo.

Limitatur tertio praedicta conclusio, quando apparet do-
nantum nihil sibi reservasse, puta quia donavit omnia bona
praesentia, et futura mobilia, et immobilia etiam pretiosa,
de quibus specialis mentio habenda esset, juraque, et actio-
nes, secus autem in donatione simpliciter facta de omnibus
bonis praesentibus, et futuris, quia non veniunt, nec in ea
14 includuntur suppellectilia, quae verisimiliter specialiter non
donasset. *l. obligatione generali: ff. de pignor. et hypothec.*
et consequenter pretiosa, et similia remanerent penes dona-
torem, testarique de illis posset secundum *Mathesilan. in
suis notabil* 136. *incipiente, nota unum motivum.* sed Dec.
hic column. 10. reprobat. eo quia lex illa in obligatione ge-
nerali procedit in dispositione generali, non autem loquitur
de universali, quae fit per illa verba, omnia bona, in qua
comprehenduntur universa quia qui omnia. vel totum dicit,
nihil excludit, *l. Julianus, ff. delegat.* 3. *l. a procuratore
infra mandati*. Hinc est, quod licet in generali legato non
comprehendantur res venales, aliud est tamen in uni-
versali, quando testator legatum reliquit omnium rerum
suarum, ita *Bart. in l. generali, in §. uxori, ff. de usu-
fruct. legat* sequitur ubique *Dec. in c. sedes colum.* 6. *de
rescript. in l. omnia ff. si cert. petatur*, *in cons.* 30. *et in
cons.* 389. *colum. fin. et Madern. Tauriens. hic colum.
ante penult. et in d. l. omnia, et etiam alii modern. secun-
dum quam opinionem*, *Socin. testatur vidisse judicatam
in l. si is qui ducenta, in §. utrum. col.* 4. *ff. de rebus
dub.* comprobo, quia si lego alicui lanam. non venit lana 15
tincta, secus si lego omnem lanam *l. si cui. in princip. ff. de
legat.* 2. Pariter si lego marmor, venit tantum rudis materia,
secus si lego omne marmor. *l. haeres meus. §.* 1. *ff. de le-
gat.* 3. *l. quaesitum, §. illud fortasse, eod. tit. tradunt
Petrus de Ancharan. in consil.* 339. *pro majori, colum.*
5. *et Felin.* in c. *postulasti, colum* 6 *versicul. et si dice-
res. de rescriptis*, sequitur Cagnol. dicendo.

Sed contraria opinio communis est, et tenenda, quod *l.
obligatione generali* procedat etiam in obligante omnia sua
bona, et per consequens, quod donatio omnium bonorum
praesentium, et futurorum, regulariter valeat, nisi per alia
appareat fuisse reservatum, ita tenet Socin. *in d. §. utrum,
colum.* 4. probans rationem hanc, obligo omnia bona mea,
vel dono omnia bona mea, generalem esse, prout voluit Bart.
in l. si ita, colum. 2. *ff. de auro, et argent. legat.* et sic in
dispositione tali locum habere, *d. l. obligatione generali*, re-
ferens plures, et communiter scribentes sic tenere, quam
opinionem, etsi Socin. de praedictis non faciat mentionem,
tenent *Madera. in tract. de pignor. fol.* 6. *n.* 37. Recedan-
tes ab opinione dec. et contrariae, quam dixi communem
adhaerentes. Eamdem opinionem sequitur *Morian. Socin.
in tract. de libell. oblat.* 10. *quaest.* 3. dicens per textum, et
rationem *d. l. obligatione generali* a fortiori in donatione
omnium bonorum non venire vestes, nec alia necessaria ad
victum, et quae verisimiliter in specie, quis non obligasset,
vel concessisset, quia verba generalia ad civilem modum re- 16
stringenda sunt, ne concedenti nimium perniciosa sint. ex
nostro textu, *l. si cui*, et pariter ad ea, quae commode fieri
possunt juxta, *l. nepos proculo, ff. de verbor. signific.* haec
Cagnol. et n. 257. ad 58. respondet rationibus in contrarium
allatis, et per consequens non obstare argumentum supra in
principio, verbum universale omnia includere, quia suam re- 17
cipit restrictionem ex habilitate: ait idem Cagnolus, non enim
est credibile, concedentem servitutem in suo fundo, velle con-
cedere facultatem dominanti imponendi servitutem, vel per 18
medias vineas, vel per villam, et cum facultate variandi,
etiam si semel constituta; haec est enim vehemens praesum-
ptio, in qua fundatur *Celsus in d. l. si cui*, et propterea. I.
C. in *d. l. si servitus*, per illa verba, *ne luminibus officia-
tur*, de sui natura, cum sit sermo sive generalis, sive uni- 19
versalis, et indefinitus habet in se habilitatem ad includen-
dum quoque lumen futurum; ut docet. *Augustin. Barbos.
axiom.* 222. *n.* 41. sive quia regulantur verba illa a subje-
cta materia, ait *Barbos. loco cit. n.* 40. cum ergo ibi tractetur
de luminibus in genere, merito venit extendenda dispositio
ad eamdem materiam, veluti sunt nedum lumina. quae tem-
pore conventionis existunt. sed etiam futura ratione indefini-
tae, ut supra dictum est. Et quod potens argumentum potest
deduci ex *d. §. uxori*, respectu rerum venalium, in quibus
non cadit usumfructum, licet legatum illud sit generale, vel
universale, ad confirmandam nostram conclusionem, ut verba
civili modo sint intelligenda, et in generali sermone, quae-
dam tacita esse excepta.

Caeterum, quando constaret totum fundum servire, eo in 20
casu non ambigitur posse acquirentem, seu dominantem eli-
gere locum ubi illi placuerit, et successive quoque variare ad
formam textus in *l. certo generi* 13. *§. si totus, ff. de servit.
rusticor. praedior.* in haec verba. *Si totus ager itineri, aut
actui servit dominus in eo agro nihil facere potest, quo ser-
vitas impediatur, quae ita diffusa est, ut omnes glebae ser-
viant*, et hoc idem probatur per textum *in l. jam satis.* 6. *§.
caeterum ff. quemadmodum servitutes amittantur*, in haec
*verba. Caeterum, si ita constitutum est jus viae, ut per
quamlibet partem fundi ire, agere liceat, idque velit su-
binde mutare, nihil prohibet.* Ecce quid importat obligatio
totius fundi, qui servire debet, impedit enim illius domi-
num, ne vix uti possit proprio fundo, nam nec in obolo pot-
est impedire dominantem in exercitio servitutis, nec potest
illi tollere facultatem, si variare velit servitutem mutandi, ita
important illa verba. *Dominus in eo agro nihil facere pot-
est, quo servitus impediatur*, quod non dominanti, sed con-
cedenti venit imputandum, quare talem servitutem conces-
serit in sui ipsius detrimentum, et ita glo. similiter interpre-

totur in verbis, *si totus hoc est, quin dictum est, ut possit mutare*, et quod hoc sit verum qui probant sequentia verba ejusdem *§. si totus.* quando dixit. *At si iter, actusve sine ulla determinatione legatus est, modus determinabitur: et*
21 *qua primum iter determinatum est, eo servitus consistit. caeterae partes agri liberae sunt* hoc est, quia in acquirenda servitute, non fuit determinatum totum fundum servire debuisse, sed absque hac determinatione fuit concessa servitus itineris, vel actus, ideo subjungit Jabolenus, *modus determinabitur*, scilicet locus ubi construenda est servitus, qua postea imposita, caeterae partes agri liberae sunt. Ideo quando de hoc exprese non constat, scilicet totum fundum servire, restringenda erunt verba generalia, aut universalia, et indefinita, ne quis indebite damnum aliquod patiatur, docet *Barbos. loc. cit. sub n. 42.* merito dicit Jabolenus, *modus determinabitur privando acquirentem ea ampla variandi facultate respectu concessae servitutis*, et ita hoc nostrum dictum comprobant *Florian. de S. Petro in d. §. si totus, et plenius Angelus de Perusio in d. l. si cui simplici* dicendo, *in obligatione indefinite concepta, ad debitorem specto-*
22 *re declarationem, vel ad arbitrum, hoc est ad judicem*; et
23 *verba indefinite concepta accipienda esse honesto, non asinino modo, unde, uit ipse, qui dicit: de me, et de meis ad libitum suum facias, non sequitur, quod donet sua. sed erunt verba modificanda secundum communem usum, et interpretationem, supra de arbitris. l. penult. et ibi glo. haec Angelus Castrensis pariter in d. l. si cui, et quadrute, et in d. §. si totus*, ubi erudite, et plenarie nobiscum consentit, *ibi etiam Angelus de Perusio.*

24 Licet ergo quando sumus in servitute indeterminate concessa acquirens facta electione non possit amplius variare. Attamen non est adempta facultas servienti, quin ad placitum illam variare possit, servato semper dominante indemni, ac sine aliqua ejus detrimento ad formam textus *in lib. 2. in §. locum, cum §. sequenti ff. de religiosis, et sumptibus funerum*, in haec verba. *Locum, qui servit, nemo religiosum facit: nisi consentiat is, cui servitus debetur*, sequitur modo alter, §. dicendo, *sed si non minus commode per alium locum servitute uti potest, non videtur servitutis impediendae causa id fieri: et ideo religiosus sit. Et sane habet hoc rationem*, similem casum habemus *in l. si quis domum 9. ff. locati, in versiculo, plane si dominus non patiatur, et locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam*
25 *praestare: aequissimum esse, ait, absolvi locatorem.* Idem probat *Ludovicus Romanus in lib. 1. §. ususfructuarius, n. 20. ff. de operis novis denunciatione versicul. secundo autem casu*, si aedificium, quod fit, nocet immediate servituti et tunc, aut dominus aedificans offert se mutaturum servitutem in alio fundo, qui erit ei, qui servitutem habet, ita commodus, sicut erat primus; et tali casu non potest novum opus nunciare: quia dominus servitutem potest mutare, casus est *in libr. 2. §. penult. supra de religiosis, et sumptibus funerum et in l. si cui in glos. in fine, aut hoc non offert et tunc licita est nunciatio*; et ita loquuntur jura primo dicta. et de hoc diffuse locuti sumus *lib. 1. de aquaeductu. cap. 3. qu. 17. ubi n. 18.* demonstravimus quidem posse dominum servientem variare servitutem de uno loco ad alium. hoc tamen cessat, si intrat damnum domini praedii dominantis per textum *in l. imperatores 17. ff. de servitutibus rusticorum praediorum per Bart. in l. si cui. n. 5. et Castrensem n. 3. ibidem ff. de servitutibus. Rota Romana apud Posium decisio. 213. n. 5. 7. 8. post tractatum de manutenendo. Giovanonus respons. 36. n. 1. lib. 1.* pariter id comprobavimus dicto *lib. 1. cap. 3. quaest. 14. de aquaeductu. n. 12.* ubi dominus praedii servientis potest ad sui libitum mutare servitutem, dummodo detrimenta non afferat domino praedii dominantis: per *Jasonem in l. si ex toto §. si ita legatum. n. 26. ff. de legatis. p. et Asinium de exeution. §. 6.*
26 *cap. 142.* ea ratione, quia favorabilior est conditio domini praedij servientis, cum non habeat dominus fundi dominantis quod conqueratur, si modo servitus ei praestatur, qualis, quantaque debita est. *Fabrion. in suo c. lib. 3. tit. 24. de fin. 5. n. 3. 4. et 5.* cujus verba retulimus *dict. quaest. 14. n. 5. et ad ibi dicta me remitto.* Restat modo investiganda illa
27 quaestio, ad quem spectet electio servitutis, veluti si esset stipulatus quis servitutem viae, vel itineris, vel aquaeductus, aut fuerit legata in testamento, cujus erit electio, vel in faciendo aquaeductu, in via praeparanda, aut itinere, aut actu in fundo serviente, an sit acquirentis, vel legatarii, an debitoris, vel haeredis. Hanc tractavimus *lib. 1. de aquaeductu. cap. 30. quaest. 4.* et ideo ad ibi dicta occurrendum ne repetam ea, quae fundamentaliter dixi de tali quaestione, ibi explicatur major difficultas, quae versatur in electione, et constructione aquaeductus, quae omnia plenarie examinavimus, et juridice determinavimus ibi, et ideo ad ea recurrere poteris benevole lector.

Sequitur altera quaestio, quomodo servitutes amittantur, 28
sed quia haec materiam satis, et copiose enucleavimus *in tertio tomo de aquaeductu. cap. 13. et ultimo*, et ibi per quadraginta duas quaestiones illam terminavimus, licet enim sit sermo de servitute aquaeductus. attamen ibi etiam discurritur de aliis servitutibus, tum urbanis, tum rusticis, et de servitute tigni, et aliarum servitutum, praecipue urbanarum, quae non amittuntur per non usum, sed requiritur aliquod hominis factum, maxime in servitute tigni, licet enim tignum sit remotum e foramine, attamen donec, et usquequo durat tigni foramen, semper durabit servitus tigni injuncti, textus ad litteram, *in l. haec autem jura. 5. ff. de servitut. urbanor. praediorum* in illis verbis. *Veluti si aedes suae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur. Et ego per statutum tempus fenestras meas praefixas habuero, vel obstruxero, ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublevatas habueris, alioquin, si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item si* 29
tigni immissi aedes tuae servitutem debeant, et ego exemero tignum, ita demum amitto jus meum, si foramen, unde exemptum est tignum, obturaveris, et per constitutum tempus ita habueris, alioquin si nihil novi feceris, integrum jus meum permanet.

Idem probatur *per textum in l. si quis alia aqua. 18. §. si cum jus. ff. quemadmod. servitut. amittantur* dicendo. *Si cum jus haberes immittendi, vicinus statuto tempore aedificatum non habuerit, ideoque nec tu immittere potueris, non ideo magis servitutem amittes, quia non potest videri usu cepisse vicinis suis libertatem aedium suarum, qui jus suum non interpretavit.*

Idem pariter venit dicendum de servitute aquaeductus, eam licet fuerit concessa per contractum, vel per ultimam voluntatem, attamen donec constituatur, nunquam dicitur amissa servitus aquaeductus ex vulgata, *l. si partem 19. ff. quemadmodum servitutes amittantur, dicens. si partem* 30
fundi vendendo lege caverim, ut per eam partem in reliquum fundum meum aquam ducerem, et statutum tempus intercesserit, antequam rivum facerem, nihil juris amitto, quia nullum iter aquae fuit, sed manet mihi jus integrum, quod si fecissem iter, nec usus essem, amittam.

Caeterae vero servitutes, quae nullum aliud opus requirunt, per non usum decennio inter praesentes, vel vicennio inter absentes amittuntur, *l. sicut 13. c. de servitutibus, et aquo*, cujus haec sunt verba.

Sicut usumfructum, qui non utendo per biennium, in soli rebus per annale tempus, immobilibus, vel semoventibus diminuebatur, non passi sumus, hujusmodi sustinere compendiosum interitum sed ei decem, vel viginti annorum dedimus spacium: ita, et in caeteris servitutibus obtinendum esse censemus, ut omnes servitutes non utendo amittantur, non biennio (quia tantummodo soli rebus annexae sunt) sed decennio contra praesentes, vel viginti spatio annorum contra absentes, ut sic in omnibus hujusmodi rebus causa similis. differentiis explosis. Castrensis *ibidem, Bruneman et Paedilla in lib. 1. c. eodem titul. n. 1. Antonius Perez ad lib. 3. c. tit. 34. n. 29. Donellus enucleatus lib. 11. tit. 17. sub litera B. vers. a. si per constitutum tempus et Augustinus Barbosa copiose in d. l. sicut n. 1. et 2.*

Et dicto tomo tertio habebis fere omnes quaestiones occurrentes circa amissionem servitutis, vel per confusionem, vel per resolutionem contractus. vel per evictionem, vel per venditionem fundi superioris; vel per ignorantiam, et in acquirente, seu praescribente libertatem contra servitutem, an requiratur bona fides, vel quomodo amittatur servitus, quae non habet usum continuum, sed interpolatum, vel qui usus est servitute in aliqua parte tantum fundi, vel de eo, qui habet servitutem cum pupillo, vel cum minore, vel per renunciationem, vel per cessionem, et plures alios modos, quos in dicto cap. ultimo per dictas quadraginta duas quaestiones, quae licet loquantur de servitute aquaeductus, attamen illae doctrinae quadrant etiam omnibus servitutibus, de quibus etiam discurritur in iisdem quaestionibus.

QUAESTIO XIII.

Quae sint necessaria ad constituendam servitutem et acquirendam quasi possessionem.

SUMMARIUM

1. Servitus, ut constituatur, quaenam sint necessaria, et ut acquiratur quasi possessio, explicantur requisita essentialia, et extrinseca et quomodo.
2. Servitus in fundo alieno acquisita a non domino, sed cum titulo, et bona fide, praescribitur completo legitimo tempore etiamsi non intervenerit scientia, et patientia veri domini.
3. Scientia, et patientia non requiruntur in acquirenda servitute cum titulo, etiam si sit constituta a non domino.
4. Servitutis constitutio requirit ab utroque latere, et dominantis, et servientis dominium praediorum respective loquendo, non tamen est de intrinseca natura acquirendae, vel constituendae servitutis.
5. Requisita essentialia servitutis in suo esse constituta sunt tria, praedium utriusque acquirentis, et servientis, secundum vel titulus vel longa quasi possessio, cum credulitate se suo jure credere uti. Tertium usus cum patientia, et scientia domini servientis.
6. Requisita servitutis promissae, quae sint, hic enumerantur.
7. Servitus aedificio futuro acquiri potest, et imponi.

1 Plura sunt, quae concurrere possunt in constitutione servitutis, verumtamen distinguendo tempora concordantur scripturae, vel enim loquimur de requisitis essentialibus servitutis, et quae sunt de ejus intrinseca natura essentialiter, vel de aliis requisitis, quae non sunt essentialia, sed extranea, exempli gratia sicuti quis potest vendere rem alienam alicui tertio, qui si fuerit bonae fidei, ratione tituli acquiret dominium, mediante usucapione, vel praescriptione decem, vel viginti annorum, vel melius in materia, de qua agimus exem-
2 plum esse potest, si quis alienum fundum possidet, et in eo, constituat servitutem alicui ratione tituli non tenetur probare scientiam, et patientiam veri domini, licet qui constituit servitutem, non fuerit dominus fundi servientis, attamen, titulus cum bona fide utrumque supplet, itaut elapso tempore e lege constituto ad requirendam servitutem, eam sine dubio acquiret sine scientia, et patientia veri domini, *ita Castill. de usufructu cap* 68. *sub numero* 4. *et* 5. et in puncto, de quo agitur, *Giphanius in c. lib.* 3. *de servitut. et aqua, in l.* 2. *versicul. quaeritur, si alienum fundum* ubi quaerit, an qui alienum fundum possidet, si constituet in
3 eo tuo vicino servitutem, an scientia veri domini sit necessaria emptori servitutis. Respondet negative. *Ex Castrens. Cyno. et aliis Glossographis. Brunnemann in d. lib.* 2. *c. de servitut. et aqua versicul. nam, ubi titulus. Donell. Enucleat. lib.* 11. *cap.* 12. *lit. B. et in annotat. eadem lit.*, et faciunt ea, quae diximus *in* 1. *lib. capit* 4. 5. *sub num.* 4. ubi plures alios auctores adduximus, et specialiter *Augustin. Barbos. in dict. leg.* 2. *c. de servitutib. et aqua*, ad quae etc. quibus positis, sic discurrendum.

Certum est ad constituendam servitutem, requiri tum ex
4 parte acquirentis, tum ex parte concedentis dominium fundi dominantis, et servientis textus ad litteram, *in lib.* 2. *ff. si servitut. vend.* sed clarius *in l.* 1. *ff. commun. praedior.* in illis verbis. *Ideo autem haec servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt. Nemo enim potest servitutem acquirere, vel urbani, vel rustici praedii, nisi, qui praedium habet, nec quisquam debere, nisi qui habet praedium*, et tamen quia non est intrinseca natura servitutis, ut semper constituatur a vero domino, sed etiam a non domino; et ita tutor, vel curator, licet non sint domini, attamen servitutem constituere possunt in bonis pupilli, vel domini, ut probat *glo. in d. lib. in verbis habet praedium*, et tamen Caepola inter requisita necessaria hoc enunciat, *ut cap.* 17. *n.* 1. et est primum requisitum.

5 Ergo essentialia requisita haec erunt, si loquamur de servitute in suo esse constituta, et sunt tria, primum est fundum utriusque tum requirentis, tum servire debentis. Secundum est titulus, vel ejus loco diuturna, quasi possessio. quando non adest titulus, cum credulitate, se credere suo jure uti. Tertium usus cum patientia, et scientia domini quando non adest titulus, haec sunt necessaria, et essentialia servitutis in suo esse constituta, vel unico acto constituenda jure, et realiter, etiam quoad acquirendam quasi possessionem, junctis, quae diximus *quaest.* 9. *supra eodem*.

6 Dixi in suo esse constituta, nam aliud est dicendum in servitute promissa, et nondum constituenda; in qua, primo requiruntur contrahentes, nempe stipulator, et promissor, secundo requiruntur fundi in potentia remota, licet tempore promissionis actu non existant.

Quod servitutem actu constituendam illa tria esse necessaria, probatur primo ex *d. lib.* 1. *ff. commun. praedior. et lib.* 2. *ff. si servitus vindicetur*, et ex doctrina superius allata. Quo vero ad servitutem promissam, non vero realiter constitutam; probatur *ex d. l. si partem.* 19. *ff quemadmod. servitut. amittuntur*, et per ea, quae diximus. *quaest.* 14. quibus etc. Quod vero sufficiat unum ut fundi in potentia remota, probatur *ex dict. l. si servitus*, 22. §. *futuro aedificio, quod nondum est, vel imponi, vel acquiri servitus potest, ff. de servitut. urbanor. praedior.* Caetera requisita, quae enumerat Caepola *dicto cap.* 17. *de servitutibus urbanorum praedior.* illa veniunt in consequentiam ex regula, qui vult consequens, vult etiam antecedens: *Florian. de S. Petro in l. item* 3. §. *qui habet. ff. de servitut. rusticor. praedior.* et nos fusius diximus *lib.* 2. *cap.* 9. *q.* 4. *n.* 10.

QUAESTIO XIV.

An pro servitutibus conservandis, vel pro tuenda quasi possessione earumdem dentur interdicta possessoria.

SUMMARIUM

1. Quasi possessio servitutum an possit tueri interdictis possessoriis, et conservari.
2. Interdicta, quae dantur pro servitutibus sive conservandis, sive tuendis, hic enumerantur.
3. Interdictum uti possidetis utile datur pro servitutibus.
4. Differentia quae versatur inter interdicta supra n. 2. enumerata, hic assignatur.
5. Interdictum de itinere, actuque privato competit, si per 30. vices vel dies iverit per fundum alienum.
6. Servitus viae, vel itineris, vel actus, vel aquaeductus longo usu, et longa quasi possessione acquiritur.
7. Interdictum itineris non exigit tempus quando intentatur, sed sufficit, si per annum a die intentati interdicti retrorsum quis usus fuerit.
8. Interdictum de aqua quotidiana, vel aestiva competit ei, qui una die, vel una nocte duxit aquam.
9. Differentiae, quae versantur inter interdicta de aqua quotidiana, et aestiva, de itinere, actuque privato, et quaenam sint hic enumerantur.
10. Interdictum de itinere, actuque privato circa refectionem exigit duo, ex parte agentis, se usum fuisse, et hoc anno, et ut probet servitutem
11. Agens interdicto de aqua quotidiana, et aestiva, circa aquam privatam non requiritur, ut probetur servitus, si agatur de rivi expurgatione, et refectione, sed sufficit, si usus sit aqua non vi, non clam, non precario, una die, vel una nocte tantum.
12. Expurgatio, vel rivi refectio respicit bonum publicum.
13. Interdictum de aqua publica differt ab interdicto de aqua privata, quia publica, habet admixtam causam proprietatis.
14. Menochius remed. 6. de retinend. possessione supponit etiam interdictum de aqua privata, habere admixtam causam proprietatis, et requiri in eo intentando probationem tituli, quod est contra textum, ut hic.
15. Titulus non requiritur in acquirenda servitute per usucapionem, vel praescriptionem.
16. Actio utilis datur, quando non adest directa quae ratione tituli competit.
17. Scientia, et patientia adversarii in acquirenda servitute supplent titulum, nam quando est titulus, non requiritur scientia, et patientia.
18. Titulus sicuti requiritur in rebus corporalibus, ita et in rebus incorporalibus exigitur, sed vide num. sequenti.
19. Titulus requiritur quando non intervenit scientia, et patientia adversarii in acquirendis servitutibus.
20. Scientia, et patientia stant loco traditionis.
21. Res etiam corporales sine titulo quandoque possunt praescribi, vel usucapi, et quomodo id contingere potest hic explicatur, valens in laesione facta venditori.
22. Conductor domum ruinosam scienter conducens, eam ob vitium dimittere non potest, sed tenetur ad integram pensionem.
23. Scienti, et consentienti nulla fit injuria.
24. Erranti enim succurritur, non scienti.

Certum est in jure interdicta possessoria dari nedum ad
conservandum servitutem, sed etiam quasi possessionem earum, adest enim interdictum de itinere, actuque privato. 1
ff. eod. tit. Interdictum de aqua quotidiana, et aestiva *ff.* 2
eod. tit. Datur etiam interdictum uti possidetis, quod est interdictum possessionem retinendi. *l. sicuti* 8. §. *sed et*
interdictum ff. si servitus vindicetur, in haec verba. *Sed* 3
et interdictum, uti possidetis, poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit suo uti. Verumtamen hoc non est interdictum directum, sed utile, ut explicat *Gloss. in dicto* §. *in verbo. uti possidetis, et nos tom.* 3. *cap.* 13. *q.* 39. *n.* 33. *et* 34. et ad ibi dicta referendum.

Verum est aliqua differentia inter interdicta ista possesso- 4
ria; nam si loquamur de interdicto de itinere, actuque privato, illud non solum competit pro servitute jam constituta,

5 sed etiam constituenda, e. g. per usucapionem, videlicet si
quis per triginta vices ierit per fundum alienum, hic est in
quasi possessione servitutis itineris. vel actus, sed tamen non
perfecte, nisi labatur tempus decem, vel viginti annorum,
qua mediante, constituitur titulus ad formam textus vulgati
in l. si quis diuturno. vers. in. ff. si servitus vindicetur in
haec verba. *Si quis diuturno usu, et longa quasi possessione*
jus. aquae ducendae nactus sit, non ei necesse est docere
6 *de jure, qua aqua constituta est: veluti ex legato, vel alio*
modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos fe-
re tot usum se non vi, non clam, non precario possedisse,
et per *text. in libr. 2. c. de servitut. et aqua.*
7 Quod autem ad acquirendam quasi possessionem itineris
sufficiant trigiata vices, per *text. lib. 1. in § hoc interdicto.*
in versicul. sive igitur. ff. de itinere, actuque privato. in
haec verba. *sive igitur habuit jus viae, sive non habuit, in*
ea conditione est, ut ad tuitionem praetoris pertineat, si
modo hoc anno usus est, vel modico tempore, idest, non
minus quam trigiata diebus. Neque ad praesens tempus re-
fertur usus, quia plerumque itineribus, vel via non semper
utimur, nisi cum usus exegerit. Itaque anni temporis spa-
tio conclusit usum, annum ex die interdicti retrorsum com-
putare debemus. Hoc est, qui vult acquirere quasi posses-
sionem itineris, vel actus vel viae, sufficit si per triginta vi-
ces, sive trigiata dies in anno a diei interdicti intentati re-
trorsum, quia tunc erit manuteneudus per praetorem in sua
quasi possessione.
8 In interdicto vero aquae quotidianae, vel aestivae tantum
temporis spatium non requiritur, sed sufficit si quis duxerit
una die, vel una nocte tantum aquam, ei competet hoc in-
terdictum de aqua quotidiana, et aestiva *lib. 1. § quod au-*
tem ff. de aqua quotid. et aestiva. haec sunt verba. *Quod au-*
tem scriptum est in interdicto hoc, uti hoc anno aquam du-
xisti, hoc est non quotidie, sed hoc anno, vel una die, vel
una nocte, ad acquirendam quasi possessionem manutenibi-
lem per praetorem, semper exclusis illis, de quibus loquitur
textus, et in lib. 1. ff. de itinere, actuque privato, et in l.
1. ff. de aqua quotid. et aestiva, scilicet, qui duxerit aquam,
non vi, non clam, non precario.
Est autem magna discrepantia inter haec interdicta sci-
licet, *de itinere, actuque privato, de aqua quotid. et aestiva*
9 *privato, et de aqua quotid et aestiva publica*; nam quod
attinet ad interdictum de itinere, actuque privato in hoc di-
screpat ab interdicto de aqua quotid. et aestiva, quia illud
potest quidem intentari a quasi possessore sive jus habeat
eundi, vel non; at quando agitur de tuenda quasi possessio-
10 ne itineris, vel viae, etc. pro refectione ejusdem, eo in casu
non potest uti dicto interdicto de itinere actuque privato,
nisi actu doceat de jure servitutis constitutae, vel per titu-
lum, vel per usucapionem *text. ad literam in l. unde 3. §.*
hoc autem. ff. de itinere, actuque privato. in haec verba. *Hoc*
autem a superiore distat, quod illo quidem interdicto uti
omnes possunt, qui hoc anno usi sunt: hoc autem interdicto
eum demum uti posse, qui hoc anno usus sit, et jus sibi es-
se reficiendi doceat. Jus autem videtur esse ei reficiendi,
cui servitus debetur. Itaque cui hoc interdicto utitur, duas
res debet docere, et hoc anno usum, et ei servitutem com-
petere. Caeterum si desiit alterutrum, deficit interdictum,
nec immerito. Qui enim vult ire. agere tantisper quoad de
servitute constet, non debet de suo jure docere. Quid enim
perdit, qui patitur, eum facere, quod hoc anno fecit? E-
nim vero qui vult reficere, aliquid novi facit: neque debet
ei permitti id moliri in alieno, nisi vere habeat servitutem.
11 Caeterum quando agitur de aqua ducenda, et de refe-
ctione ejusdem rivi, per quam aqua ducitur, non est necesse
docere de jure servitutis, scilicet de titulo, veluti est inter-
dictum de rivis, ut probat text. *in l. 1. § hoc interdictum,*
ff. de rivis, in haec verba. *Hoc interdictum competit etiam.*
qui jus aquae ducendae non habet: si modo aut prior aesta-
te, aut eodem anno aquam duxerit, cum sufficiat, non vi, non
clam, non praecario duxisse, et idem probatur *in l. de rivis*
4. ff. eodem tit. de rivis, per haec verba. *De rivis reficiendis*
ita interdicitur, ut non quaeratur, an aquam ducere
actori liceat. Non enim tam necessariam refectionem iti-
nerum, quam rivorum esse, quoniam non refectis rivis
12 *omnis usus aquae auferretur, et homines siti necarentur;*
et sane aqua pervenire, nisi refecto rivo, non potest: at
non refecto itinere difficultas tantum eundi, agendique
fieret, quae temporibus aestivis levior esset, Quare ut com-
petat interdictum reficiendi ipsimet actori, sufficit si una
die, vel una nocte duxerit, etiam si non habeat servitutem,
quod secus est in refectione itineris.
Pariter differt interdictum de aqua quotid. et aestiva pri-
vata ab interdicto de aqua quotidiana, vel aestiva publica. 13
Nam qui agit interdicto pro aqua privata non tenetur doce-
re de titulo, qui vero agit de interdicto pro aqua publica,
cum hoc interdictum habeat admixtam causam proprieta-
tis, actor tenetur probare servitutem constitutam, vel per
usucapionem, vel per immemorabilem, vel per titulum,
l. 1 § permittitur. ff. de aqua quotid. et aestiva in haec ver-
ba. *Permittitur autem aquam, vel ex castello, vel ex rivo,*
vel ex quo alio loco publico ducere, idque a principe concedi-
tur, alii nulli competit jus aquae dandae, et datur interdum
praediis, interdum personis. Quod praediis datur, extin-
cta persona non extinguitur, quod datur personis cum per-
sonis amittitur, ideoque neque ad alium dominum prae-
diorum, neque ad haeredem, vel qualemcumque successo-
rem transit. Plane ei, ad quem dominium transit impe-
trabile est; nam si docuerit praediis suis aquam debi-
tam, et nomine ejus fluxisse, a quo dominium ad se trans-
it, indubitate impetrat jus aquae ducendae; nec est hoc bene-
ficium sed injuria, si quis forte non impetraverit (notentur
modo sequentia verba.) *Meminisse autem debemus in hoc*
interdicto totam quaestionem finiri assignatione. Non
enim praeparat hoc interdictum causam, ut superiora in-
terdicta: nec ad possessionem temporariam pertinet: sed
aut habet jus assignatum sibi, aut non habet, et hoc inter-
dictum totum finitur. Verbum illud assignationis importat
concessionem aquae ducendae, et ideo istud interdictum
dicitur habere admixta causa proprietatis, quia non praepa-
rat causam, ut faciunt alia interdicta, dando mandatum de
manutenendo quasi possessore in sua quasi possessione, re-
servatis juribus in petitorio discutiendis, an fuerit constitu-
ta servitus, nec ne vel acquisita, et ita indicant illa verba
ad possessionem temporariam, quae durat donec causa in
petitorio fuerit decisa, ita etiam explicat *glos. in verba as-*
signationis ibidem.
Et in hoc interdicto erravit *Menoch. remed. 6. de reti-*
nend. possess. ubi n. 11. supponendo etiam interdictum de
aqua quotidiana, et aestiva pro aqua privata habere admi- 14
xtam causam proprietatis, proponit primum requisitum ne-
cessarium ad illud intentandum, quod actor teneatur pro-
bare titulum, seu jus suae quasi possessionis, et per conse-
quens de titulo constare debere, et ad probandum suam in-
tentionem adducit textum, *in l. 1. § ult.* supra per nos
mos extensum, et non advertit ad formam loquendi Ulpia-
ni *in d. l. 1. usque ad § ait praetor, quo ex castello*, ubi
Ulpianus incipit discurrere de interdicto pro aqua ex castel-
lo ducenda, et illud interdictum dicit necessario fuisse pro-
ponendum, ut ex structura ejus verborum, dicenda.
Ait praetor, quo ex castello illi aquam ducere ab eo,
cui ejus rei jus fuit, permissum est, quo minus ita uti per-
missum est, ducat vim fieri veto, quandoque de opere fa-
ciendo interdictum erit, damni infecti caveri jubebo, no-
vam dispositionem introducit Ulpianus in hoc interdicto pro
aqua ex castello, differentem ab eo, quem in principio le-
gis primae proposuit pro aqua privata; mutat enim sensum,
diversum ab iis, quae supra dixit, prout indicant sequentia
verba ejusdem §.
Hoc interdictum necessario propositum est. (notanda
sunt verba, et signanda mysteria) *nam, quia superiora in-*
terdicta, ad eos pertinet, qui a capite ducunt, vel
imposita servitute, vel quia putant impositam, aequis-
simum verum est, ei quoque qui ex castello ducit (id est
ex eo receptae vela, quod aquam publicam suscipit) in-
terdictum dari. Castellum accipe, si ex castello per-
missum est. Sed si ex alio loco permissum est, dandum
erit interdictum, junge ergo huic §. *paragraphum permitti-*
tur, qui immediate sequitur, supra nos extensum, quibus
omnibus studiose ponderatis unusquisque judicabit Meno-
chium aequivocasse, capiendo interdictum pro aqua ex ca-
stello, vel ex alio loco, sed publica; ut probant illa verba d.
§. permittitur, *vel ex rivo, vel ex quo alio loco publico*;
pro interdicto aquae privatae, enim vero verba §. *hoc in-*
terdictum sunt tam clara, ut nulla tergiversatione celari
possint, quando Ulpianus dixit, *nam superiora interdicta*
ad eos pertinent, qui a capite ducunt, vel imposita servitu-
te, vel quia putant impositam. Aequissimum visum est. ei
quoque qui ex castello ducit, clarius loqui non potuit Ul-
pianus ad demonstrandum interdictum hoc de aqua ex ca-

stello differre ab interdicto pro servitute imposita, vel quae putatur imposita.

15 Praeterquam quod extat sententia communis doctorum in acquirenda servitute per usucapionem non requiri titulum, sed sufficere, docere per tot annos, non vi, non clam, non precario possedisse, hanc sententiam, tenet *Costll. de usufr. cap.* 68. *n.* 8. ubi citat pro confirmatione illius omnes fere interpretes, ut apud eum videri poterit, et nos *lib.* 1. *de aquaeductu cap.* 4. *q.* 5. *n.* 5. et haec nostra conclusio fundatur *in ll.* quae extra dentes loquuntur quod non faciunt adversantes pro confirmatione sententiae eorumdem, quae nullo jure fulcitur, sed tantum cervelotico respondeant modo *l.* 1. *fin. ff. de aqua pluv. arcend.* ubi prius demonstravit vetustatem sequendam esse in aqua pluvia, pro illius defluxu, quando agro nulla dicta est lex, dicendo. *Si tamen agri lex non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere*, exemplificat Ulpianus exemplo servitutum, immediate dicendo. *Sane enim, et in servitutibus hoc idem sequimur. ut, ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute neque vi. neque clam, neque precario, habuisse, longa consuetudine velut jure impositam servitutem videatur*, et textus extra dentes in *l. si quis diuturno usu.* 10. *ff si servitus vindicetur* in haec verba, *si quis diuturno usu, et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus sit, non ei necesse est, docere de jure, quo aqua constituta est: veluti ex legato, vel alio modo, sed utilem habet actionem ut ostendat per annos fore tot, usum se non vi, non clam, non precario possedisse.* si enim adesset titulus, non deretur
16 actio utilis, sed directa ratione contractus, sicuti etiam demonstrant illa verba *non habet necesse docere de titulo*. Tertio nostra conclusio probatur *ex l.* 2. *c. de servitut. et aqua*, per illa verba. *Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesiti*, ex quo textu inferunt, et recte interpre-
17 tes, quoties requiritur scientia, non desideratur titulus, quia quando adest titulus, non attenditur scientia, vel ignorantia domini praedii servientis, et hoc probatur *ex l. fin. c. de praescription. long. tempor. decem, vel* 20. *annor.* dispositio ergo *l. fin est in* §. sit igitur in illis verbis, *sit expedita quaestio* dicens. *nulla scientia, vel ignorantia expectanda*, ea ratione, quia in praescribendis rebus corporalibus requiritur titulus, *l. nec petentem*, 5. *c. eod. tit.* in haec verba. *Nec petentem dominium ab eo, cui petentis solus error causam possessionis sine vero titulo praestitit, silentio longi temporis praescriptione repellis, juris evidentissimi est*, vel etiam clarius in *l. diutina possessio* 4. *c. eodem tit. diutina possessio tantum jure successionis sine justo titulo obtenta prodesse ad praescriptionem hac sola ratione potest.*

Opponit *d. Usualdus in commentariis ad Donell. enucleat. lib.* 11. *cap.* 15. (quibus Garrulis annis est recedere a Donello, qui tam fundate loquitur, ut apud eum videri potest quando in litera B. habuit haec verba, *licet sine titulo, ex receptiori sententia probata omnibus ll. quibus haec acquisitio astruitur. Nam ubi titulus, ibi non requiritur scientia domini, dict. leg. alt. §. fin. ff. de aqua pluv. arcend.* et ut latius apud eum) ex verbis *d. l. fin. in d. §. sit igitur, c. de praescrip. long. temp.* 10. *vel* 20. *annorum*; nam
18 sicut in rebus corporalibus requiritur titulus, et Justinianus ibi dixerit. *Eodem observando, etsi res non soli sint, sed incorporales, quae in jure consistunt; veluti usufructus, et caeterae servitutes*, ergo quod observatur in rebus corporalibus, idem venit attendendum: in juribus incorporalibus requiritur titulus, ergo et in servitutibus.

Hoc argumentum, licet apparenter vim facere videatur, ex seipso tamen dissolvitur; respondetur enim tunc in servitute acquirenda requiri titulum, quando non adest
19 scientia, et patientia domini ignorantis. Demus enim casum, ut superius diximus, fuisse constitutam servitutem a non domino praedii servientis mediante titulo, tunc si lapsum fuerit tempus decem, vel viginti annorum, eo titulo, mediante, acquiretur servitus sine scientia et patientia domini; caeterum quando adest scientia, et patientia, titulus est
20 superfluus, quia scientia, et patientia stant loco traditionis, diximus *diffuse lib.* 1. *cap.* 1. *q.* 1. *n.* 10, *et* 11. *de aquaeductu*; quinimo temere citavit idem Usuald. *l. diutina*, 4. *c. de praescript. longi temporis decem, vel viginti annorum*, quam nos mos supra extendimus ad probandam suam intentionem, praescriptionem servitutis non posse currere, nisi adsit titulus. Text ille extra dentes loquatur de praescriptione rerum corporalium, et dominii, veluti in successione, de qua ipsa lex loquitur, quibus stantibus, aperte fatendum est Menoch. supra citatum aequivocasse, et ad magis illum convincendum sunt ponderanda verba *leg.* 1. § *caput aquae, vers. sed et si jure, ff. de aqua quotid. et aestiva* in haec verba. *Sed, et si jure aquo non debetur alieni: si tamen jure ducere se putavit: cum non in jure sed in facto erraverit, dicendum est, eoque jure utimur, ut interdicto hoc uti possit. Sufficit enim, si jure se ducere putavit, nec vi, nec clam nec precario duxit*, et eodem *l.* in §. *Aristo eodem tit.* in haec verba *Aristo putat eum demum interdictum hoc habere, qui reputat suo jure uti, non eum qui scit nullum jus se habere, et utitur*, exempli gratia, quia a viciniis audivit suos antecessores ivisse per fundum alienum ad fundum proprium ratione servitutis, et proptorea hic continuavit in itinere, vel actu sciente, et patiente domino fundi servientis tunc illud sufficiens erit ad fundandam ejus credulitatem, si suo jure uti, licet tali jure careat; et idem potest contingere in exemplo *l.* 2. *c. de servit. et aqua*, cato idem Usuval. in suam trahit sententiam illam legem ratione illorum verborum *exemplo rerum immobilium*, quae cum nisi per titulum acquirantur, per usucapionem idem venit dicendum in servitute; nam per idem responsum, quod supra attulimus ad illius objectionem, tollitur, et hoc secundum. Quinimo au- 21
deo dicere etiam in rebus corporalibus, data scientia vera, et indubitabili domini rei corporalis ab aliquo tertio possessore possessae cum bona fide, etiam sine titulo, talem tertium posse praescribere eamdem rem, quia in hoc casu censetur donasse tum propter scientiam, tum propter negligentiam voluntariam exemplo illius, qui non vult uti beneficio, *l.* 2. *c. de rescindenda venditione*, si enim venditor, vel emptor sciat laesionem ultra dimidium justi pretii, quoniam censetur partem vendere, et partem donare, vel de conductore scienter conducente domum ruinosam, quam non potest dimittere ob
vitium, nisi *soluta tota, et integra pensione*. de omnibus 22
testatur *Costa de facti scientia, et ignorantia dict* 3. *n.* 1. *et*
sequentibus, sive quia scienti, et consentienti nulla fit injuria, 23
succurritur enim erranti, non scienti. et dictum *Costae* probat *Gail. lib.* 2. *observ.* 29. *n.* 11. *et Nidus in regula scienti*, 24
et consentienti 57. *n.* 33. *et sequentibus*. Indulge quaeso mihi humanissime lector, si in hac propositione prolixus fui, quia mihi displicent auctores, illi, qui audent ponere os in coelum contra claram legum dispositionem, non ad aliam finem, nisi ad ostentationem sui ingenii, quod ego abhorreo, quando eorum sententia non est juribus fulcita, sed adducunt tantum verba fumosa, et nihil concludentia, ut in casu praecedenti, in quo loquuntur adversarii sine ulla lege. His ita praemittibus discurrendum est modo de requisitis necessariis ad intentanda interdicta possessoria respective loquendo, et ideo sit.

QUAESTIO XV.

Quaenam requisita sint necessaria in interdicto, uti possidetis, de servitutibus.

SUMMARIUM.

1. Interdictum, uti possidetis, datur pro servitute, vel pro libertate.
2. Interdictum, uti possidetis, secundum Menoch datur pro servitutibus tantum continuis, non vere discontinuis sed vide n. sequent.
3. Interdictum uti possidetis, datur pro omnibus servitutibus, non directum, sed utile, etiam si adsint propria interdicta.
4. Requisita necessaria ad intentandum interdictum, uti possidetis, quot sint, hic enumerantur.
5. Actor agens interdicto, uti possidetis pro rebus corporalibus debet probare suam possessionem duobus temporibus: et tempore litis contestatae, seu motae, et tempore inhibitionis, etiam si vi alium expulisset dummodo non sit contra adversarium.
6. Possessor sit justus, vel injustus nihil refert, quia quaelibet possessio est manutenibilis.
7. Possidens in interdicto nec vi, nec clam, nec precario si quidem ab alio vincet, si vero ab adversario, succombet.
8. Nemo potest opponere de jure tertii veluti qui vitiosi possidet ab alio, quam ab adversario: non suffragatur oppositio opponenti.
9. Notorietas tituli excludit turbatum in sua possessione a manutentione.
10. Requisitum secundum in interdicto uti possidetis est vis turbativa, quae etiam solo verbo, veluti ne quis possit invenire operarios, vel mercenarios.
11. Possessio tempore litis motae probatur eo ipso, quod probatur aliquo tempore possedisse, seu medio tempore possedisse, quia alias non docto praesumitur semper possedisse.
12. Actor postea tenetur probare se possedisse usque ad diem litis motae, alias pro reo erit praesumendum.
13. Actor, et reus contendentes se ambos possidere in interdicto uti possidetis, quid agendum, veluti, si sint duo, qui pares se praetendunt esse in possessione, et probationa quid agendum.

14. Possessio nova dari nequit vetere existenti, et ideo nova clandestina dicitur, dummodo vetus sit continuata, secus si omissa, nova veniret manutenenda.
15. Probationes utriusque possessoris quando sunt pares judex debet supersedere, et mandare partibus, ut agatur de proprietate, et dominio.
16. Item non potest sententiam proferre, nisi de causa liqueat.
17. Possessio, ubi adest timor scandali, vel rixa debet sequestrari apud sequestrum, vel judicem.
18. Possessio illa erit semper praeferenda, quae erit antiquior vel magis justificata.
19. Duo in solidum eamdem rem possidere non possunt.
20. Mandatum de manutenendo datur quandoque vitiose possidenti, quando verus possessor suspicatur se posse repelli, et non vult temperare possessionem, et latius hic.
21. Possessio naturaliter interrumpitur, quando quis vi dejicitur, e possessione et ideo non debet ejectus interdicto uti possidetis agere sed interdicto unde vi; et hic plenius declaratur.
22. Interdictum uti possidetis possessorem tantum tuetur.
23. Fur et latro sunt manutenendi in sua possessione, nec debent spoliari de facto, tamen hoc procedit quando fur, vel latro gerit partes rei, non vero actoris.
24. In interdicto uti possidetis an quaelibet possessio sufficiat, nempe an sola civilis an sola naturalis, vel an utraque, nos dicimus unamquamque de se sola sufficere.
25. Interdictum uti possidetis sine possessione non conceditur.
26. Interdictum uti possidetis, non datur colono, nec creditoribus, et iis, qui custodiae causa sunt in possessione.
27. Interdictum uti possidetis, an competat detentoribus.
28. Possidere aliud est, et aliud esse in possessione.
29. In possessione sunt depositarius, commodatarius, colonus, inquilinus, a qui precario possident.
30. Colonus tunc dicitur possidere, quando vi expellit emptorem fundi conducti, et quomodo id contingere potest hic explicatur et quomodo ei possit competere interdictum unde vi.
31. Colono ne aliquando possit competere interdictum unde vi.
32. Incedens per triginta dies, vel triginta vices acquirit quasi possessionem itineris, vel actus, etiam si non doceat de servitute, dum praeter hoc non inquiet.
33. Reus in interdicto uti possidetis ab actore conventus, si velit elidere eumdem debet probare ab eo vi, clam, vel precario possidere, vel se ab eo fuisse spoliatum, in principio judicii.
34. Actor probando titulum suae possessionis vincet in interdicto, uti possidetis, sed tamen cum declaratione, ut hic.
35. Modus, seu modi probandi possessionem in interdicto uti possidetis hic remissive adducuntur.
36. Turbatio, seu molestia est secundum requisitum interdicti uti possidetis, sive illa fiat per se, sive extra, sive factis, sive verbis, de verbali aliqui dubitant, ut hic.
37. Atrocitas facti requiritur in interdicto uti possidetis.
38. Verba non sufficiunt, ubi facto opus est.
39. Actio injuriarum quando est in interdicto uti possidetis hic explicatur.
40. Turbans possessorem an teneri possit vel an inveniat colonus idoneus interdicto uti possidetis tenetur.
41. Judex quomodo se gerere debeat, quando partes ad invicem litigantes sunt pares in possessione probanda, adducitur doctrina Antonii Perez quam auctor collaudat, dum agitur interdicto uti possidetis.
42. Duo in solidum eamdem rem possidere non possunt, an tamen possit dari casus, et quomodo.
43. Possessores quando sunt pares in probationibus possessionis, judex pronunciet utrumque esse in possessione, sed tamen unus alterius alterum cavere debet, et recusans, cavere dicetur actor.
44. Cautio, quam uterque possessor praestare sibi invicem tenetur in qua consistat.
45. Interdicto uti possidetis, quae opponi possint, tria sunt, et quae sint.
46. Concessum ad tempus post tempus censetur denegatum.
47. Possidens ab adversario suo vi clam, vel precario, aequitas non patitur, ut in possessione manuteneatur.
48. Exceptio, vi, clam, vel precario possidere non est dilatoria, sed peremptoria, ideo a principio judicii est opponenda.
49. Possidere vi quis dicatur.
50. Possidere, quis dicatur, clam.
51. Possidere precario, quis dicatur.
52. Exceptio notorietatis dominii opponi potest contra interdictum uti possidetis, imo etiam in interdicto unde vi, quod est magis, sed vide n. 53.
53. Dominii, exceptio notorii non habet locum in interdicto unde vi et per consequens etiam in interdicto uti possidetis.
54. Spolians aliquem sua possessione per vim, nedum tenetur restituere possessionem violenter ablatam, sed dominium quoque amittit rei per eum invasae.
55. Invasor vero rerum alienarum non solum spoliato restituere tenetur possessionem, sed etiam aestimationem earumdem rerum restituere.
56. Exceptionem dominii notorietatis non esse admittendam in interdicto recuperandae nec retinendae secundum Vachinetum.
57. Dictam exceptionem esse admittendam tenet Cancerius, sed vide n. 50.
58. Armis volens aliquem expellere, armis quoque repelli potest, si confestim fiat non ex intervallo.
59. Percussor ad eo veniens, gladio propulsari poterit, nec dicetur homicida.
60. Spoliatum ante omnia esse redintegrandum, non procedit haec regula, quando agitur vero domino, pro quo notorie constat de dominio.
61. Possessio non venit attendenda, quando constat de causa proprietatis.
62. Spoliatus petens possessionem, quam illico restituere tenetur, dicitur.
63. Leges praesumuntur semper velle unicuique tribuere, quod suum est.
64. Possessor decimarum in aliena parochia habet contra se praesumptionem juris, et non debeat redintegrari, si fuerit vi spoliatus, nisi evidenter demonstret legitime possidere, et praecipue quando jus commune resistit, et plura alia scitu digna.
65. Conductor spoliatus a locatore possessione bonorum conductorum per violentiam, non est redintegrandus, quia notorie constat injustam esse possessionem contra l. si quis in tantum, quia esset nutritiva peccati.
66 Lex civilis inducens peccatum non venit attendenda, sed standum est juri canonico.
67. Praescriptio de jure civili currit quandoque cum mala fide, secus de jure canonico.
68. Regula. Dolo facit, qui petit, quod statim restituturus est.
69. Possidens ab alio est manutenendus, secus possidens ab adversario suo vi, clam, vel precario non est manutenendus.
70. Colonus non dicitur possidere, sed tantum esse in possessione, tunc vero dicitur possessor quando violenter intervertit possessionem locatoris, violenter possidendo.
71. L. si quis in tantum C. unde vi ab sola recessit quoad poenam.
72. Invasor extra ordinem punitur violenter dominum possessorem ejiciendo, et tenetur tantum ad id quod interest spoliati.
73. Exceptio notoria nunquam censetur exclusa a lege vel statuto etiamsi dicatur, ut nulla possit opponi exceptio.
74. Praesumptio juris est contra colonum spoliantem.
75. Colonus, ut manuteneatur in sua possessione violenter acquisita debet eam colorare aliquo titulo.
76. Locator, et conductor inter se sunt correlativa; ut dispositum in uno censeatur dispositum in altero.
77. Interdictum uti possidetis, quid contineat, quae in eo veniant, et includantur.
78 Agens interdicto, *uti possidetis*, quatuor petere debet, et quaenam sint hic enumerantur.
79. Interdictum uti possidetis est duplex, quia uterque litigator, substinet partes, et actoris, et rei.
80. Interdictum, uti possidetis, an detur pro servitutibus? affirmative respondetur.
81. Distinctio, servitutes alias esse continuas, alias, discontinuas, et Menoch dicit rusticas esse discontinuas per l. servitutes: 14. ff. de servitutibus non advertendo, d. l. loqui etiam de urbanis, ut ipsae dicantur discontinuae, per nos reprobatur.
82. Interdictum uti possidetis, non videtur competere pro servitutibus, quia habent propria interdicta, ut aqueductus, interdictum de aqua quotid. et aest. itur de itinere actuq: privato, sed contra n. seq.
83. Interdictum uti possidetis, est duplex, quia unusquisque possessor sustinet partes actoris, et rei, et datur quasi possessoribus servitutum.
84. Interdicta possessoria tam pro rebus corporalibus, quam incorporalibus requirunt, ut qui eis uti velit, non possideat, nec vi, nec clam, nec precario, cui onus incumbat probandi non possidere, nec vi, nec clam, nec precario, cum distinctione resolvitur quaestio.
85. Actor agens interdicto de itinere actuque privato, vel de aqua quotidiana, et aestiva, tenetur probare se non vi, non clam, et quasi possidere.
86 Bona fides non praesumitur, si in contrarium adsit juris praesumptio.
87. Requisita ad probandam bonam fidem in acquirenda servitute contra juris praesumptionem hic enumerantur.
88. Mandatum de manutenendo non est concedendum ei, qui contra se habet manifestam praesumptionem, vel quando jus commune resistit, veluti in servitutibus, quia de jure communi, quaelibet res libera praesumitur, nisi serva probetur.
89 Scientia domini servire debentis requiritur ad fundandam illam credulitatem,
90. Praescriptio non currit cum mala fide de jure canonico.

Quod detur interdictum, uti possidetis, etiam pro servitutibus, vel pro libertate, jam diximus supra per tex. *in l. sicuti*, 8. §. *sed et interdictum*, *uti possidetis*, *poterit locum habere, si quis prohibeatur qualiter velit suo uti. ff. si servitus vindicetur*. *et per tex. in l. quoties*, 20. *in fine* in illis verbis: *Ego puto usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse, ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt*, et clarius *in l. sane*, 4. *ff. de injuriis*, in haec verba. *Sane si maris proprium jus ad aliquem pertineat, uti possidetis interdictum ei competit, si prohibeatur jus suum exercere: quoniam ad privatum jam causam pertinet non ad publicam haec res: utpote cum de jure fruendi agatur. quod ex privato causa contingit, non ex publico. Ad privatas enim causas accomodatas interdicta sunt, non ad publicas*, et per tex. *in l. vim facit*, 11, *ff. de vi, et vi armata*. in haec verba. *Vim facit, qui non sinit possidentem eo, quod possidet, uti arbitrio suo. sive inferendo, sive fodiendo, sive arando sive aedificando, sive quid omnino faciendo, per quod liberam possessionem adversario non relinquit*, et per tex. *in l. 3. §. hoc interdictum*. *Sufficit ei, qui aedificare in suo prohibetur, etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes, me uti mea possessione* ff. uti possidetis. 1

Licet Menoch. de retinend. remed. 3. n. 105. dum quaerit an pro juribus incorporalibus, seu servitutibus detur

2 interdictum, uti possidetis, et ponit duos casus, quorum
primus est, si agatur de servitute continua, admittit conce-
di posse interdictum, uti possidetis. quando quis turbatur
in sua quasi possessione servitutis. Si vero agatur de servitu-
te discontinua, negat competere interdictum, uti possidetis,
pro hujusmodi servitutibus, sed tenendum esse interdictis
propriis ipsis servitutibus, veluti in interdicto de itinere, actu-
que privato, de aqua quotid. et aestiva, de rivis, de fonte, etc.
Sed jam saepe saepius reprobavimus hanc distinctionem
tamquam erroneam, et nullo jure fulcitam, imo contra prin-
cipia juris, de qua difficultate jam supra qu. 18. hoc eodem
capite allegavimus omnes quaestiones, quas fecimus in tra-
ctatu de aqueductu ad reprobandam dictam distinctionem,
et ad eas etc.
Et ideo nostra conclusio est, pro omnibus servitutibus,
concedi posse interdictum, uti possidetis, non directum, sed
3 utile *d. l. sicuti* 8. *§. sed et interdictum. ff. si servitus vin-
dicetur*, et probant leges superius mox allegatas, *et gloss. in
d. §. sed et interdictum*, in verbis *uti possidetis.*
4 Requisita ergo ad intentandum hoc interdictum sunt duo.
Primum est possessio ante litem motam, vel quasi. Secundum
est turbatio. Circa primum requisitum in rebus corporalibus,
in quibus quando plures praetendunt possidere; quomodo
sit procedendum aliqua dicemus necessaria, quibus explica-
tis discurremus de quasi possessione in materia servitutum.
5 Tenetur ergo actor agens interdicto uti possidetis, probare
suam possessionem duobus temporibus, et tempore litis mo-
tae, vel contestatae, et tempore turbationis, primum probat
Justinian. in *§. num uti possidetis interdicto vincebat, qui
interdicti tempore possidebat: si modo, nec vi, nec clam,
nec precario nactus fuerat ab adversario possessionem:
etiam si alium vi expulerat, aut clam arripuerat alienam
possessionem, aut praecario rogaverat aliquem, ut sibi pos-
sidere liceret. Institut. de interdictis confirmat Bart. in
dicta l.* 1. *§. quod ait praetor. n.* 18. *ff. uti possidetis*, in
illis verbis *ex praedictis habes, quid habeat probare actor,
ut vincat scilicet possedisse tempore turbationis, et litis
contestatae. Practica Papiensis in forma libelli pro turba-
ta possessione, in verbo hodie, n.* 1. *ut Ripa in l. naturali-
ter, §. nihil commune, n.* 56. *ff. de acquirenda possessione
et clarius Emanuel Gonzal. in c. licet causam* 9. *n.* 26.
in haec verba, *Hoc interdictum competere illi, qui rem pos-
sidebat tempore litis motae, non per actum illum, qui litis
6 occasionem praebuit, nec interest justus, an injustus sit
possessor, quia quaelibet possessio est manutenibilis. Tex.
ad literam in l.* 1. *§. quod ait praetor ff. uti possidetis* in
haec verba.
7 *Quod ait praetor in interdicto, nec vi, nec clam, nec
precario alter ab altero possidetis, hoc eo pertinet, ut si quis
possidet vi, aut clam, aut precario, si quidem ab alio, pro-
sit ei possessio, si vero ab adversario suo, non debent, eum
propter hoc, quod ab eo possidet, vincere, has enim pos-
sessiones non debere proficere, palam est, et l.* 2. *eodem ti-
tulo*, in haec verba *justa enim an injusta adversus caeteros
possessio sit, in hoc interdicto nihil refert. Qualiscumque
enim possessor, hoc ipso quod possessor est plus juris habet,
quam ipse qui non possidet:* ita ut si adversarius vellet op-
8 ponere possessionem illam esse injustam, quia ab alio, vi, vel
clam, vel precario possidet, esset allegare jus tertii, quod non
admittitur, ut extra dentes loquitur *tex. in dicto §. quod ait
praetor cum l. sequenti copiose post. de manuten. observ.* 42.
n. 170. *Grution. disceptation. forens. cap.* 899. sufficit di-
cere actori quoad te liberas aedes habeo, nisi ageret contra
dominum rei de cujus dominio clare, et incontinenti consta-
ret, tunc enim cum turbatus in possessione patietur notorium
9 defectum tituli, in proprietate non esset manutenendus *l. ult.
ff. de acquirenda possessione* in haec verba. *Adversus extra-
neos vitiosa possessio prodesse solet, frustra enim manute-
nendus est, qui statim, id quo est manutenendus, venit re-
stituendum. Post. de manuten. obser.* 42. *n.* 174.
10 Secundum requisitum est turbatio, seu vis turbativa, vel
inquietativa, veluti, si possessor quomodolibet possessione sua
uti prohibeatur, *l. vim facit.* 11. *ff. de vi, et vi armat.* Qui
enim inquietatur in sua possessione, ut non possit, uti aran-
do, seminando, vel fructus colligendo, datur hoc interdictum
uti possidetis, etiam si solo verbo, et non factis molestetur,
veluti propter potentiam adversarii, qua impediretur, ne fun-
dum locare posset, aut mercenarios non inveniret. *d. l. vim
facit. Menoch. de retinend. remed.* 3. *n.* 559. *Emanuel.
Gonzales. in d. c. licet n.* 27.

Probatur autem possessio de tempore litis motae, vel litis 11
contestatae, quando reus probat se aliquo tempore possedisse,
scilicet medio tempore possedisse; nam tunc praesumitur
semper continuata possessio usque ad tempus turbationis, et
motae litis; quoties vero reus probasset medio tempore pos-
sedisse, onus erit actoris probandi se possedisse etiam usque
ad diem litis motae, vel contestatae, ita *Menoch. de retinen.
n. remed.* 3. *n.* 557. ubi plures alios allegat, et attestatur hoc
communiter admitti, ut probat *Afflict. dec.* 394. n. 1. *et* 2.
Osasc. dec. 45. *in fine*, ut *Practica Papiensis, in verbo,
hodie n.* 2. in haec verba. Sed hic insurgit dubium, quomo-
do ergo probabit actor se possidere his duobus temporibus?
Respondeo, probando se possedisse ante litis contestationem,
et ante turbationem illatam per aliquod tempus, et allegando
se adhuc possidere, praesumitur continuata ejus possessio,
quia in solo animo consistit, et retinetur usque ad litem con-
testatam, et post, nisi appareat, vel probetur contrarium, ut
determinat *Cyn. et alii doctores in l. non ignorabat c. ad
exhiben. et l. sive possidetis c. de probat. et per Bar. in l.
Celsus, et in l. justo §. non mutat ff. de usu cap.*
Sed quando controvertitur de hujusmodi possessione, eo 12
quod etiam reus praetendat possidere, vel probaverit se me-
dio tempore possedisse, tunc recurrendum est ad doctrinam
Emanuel. Gonzal. in cap. licet causam 9. *de probationibus
sub n.* 29. ubi proponit quaestionem, quando contentio, est 13
inter duos, utrumque praetendentem possidere, vel esse pa-
res in probationibus proponendo remedium judici, quomodo
in eo casu se gerere debeat, refert enim plures opiniones, et
praecipue quandoque forte posse litem dirimi, sed has omnes
reprobat, et ipse distinguendo, plures adducit casus in haec
verba. Primus est cum unus de litigatoribus probavit antiquio- 14
rem possessionem continuatam, ut in praesenti specie: quo
casu ipse obtinebit; quia cum non possit dari nova possessio
existente veteri, consequens est, ut haec nova detentio clan-
destina non prosit. *Covar. dicto cap.* 17. *ad finem. Menoch.
rem.* 3. *ex n.* 275. *Mendosius d. tit.* 7. *n.* 15. *Valenzuela
cons.* 121. *ex n* 39. *Barbosa in praesenti ex n.* 12. *et* 17.
Posthius d. observ. 71. quam doctrinam etiam ad causas be-
neficiales extendit *Mindanus dict. tit.* 17. *n.* 19. Dixi pos- 15
sessionem continuatam, nam si vera amissa sit, nova manu-
tenenda est, ut late probat *Fontanella. ubi supra clausula* 17.
gl. 3. *princip.* 10. *n.* 31. *Cyriacus ubi supra n.* 23. Secundus
casus contingit cum aequales omnino sunt probationes utrius-
que partis, et tunc debet judex supersedere in causa, et su-
per possessorio non pronunciare, sed partibus jubere, ut ad
judicium proprietatis transeant, dominiumque probent, ut
sentit *glos. marginal.* hic, quae sententia probatur ex eo, 16
quod ubi judici de causa non liquet super illa pronunciare
nequit *l. idem Pomponius* 14. *ff. de receptis arbitris, l. Pom-
ponius*, 36. *ff. de re judicata.* Quod si rixae, aut scandali oc- 17
casio timetur, res debet apud sequestrum deponi. argumen.
l. aequissimae 17. *ff. de usufructu. docent Baldin. cap. in
nostra, n.* 5. *de testibus. Imola* n. 24. *Berojus n.* 59. *haec
Emanuel Gonzal.* et ita in hoc interdicto regula est, quando
ab utraque parte probatur possessio, illam esse praeferendam, 18
quae erit antiquior, vel quae magis erit justificata ex titulo.
Hanc materiam plenarie determinat Innocentius III. *in
cap. licet* 9. *de probationibus*, in haec verba, in vers. ex prae-
missis. *Ex praemissis igitur evidenter apparet, quod eccle-
sia per testes n. plures; quibus potius lux veritatis assistit,
qui etiam aptiora negotia, et vero proximiora in suis testi-
moniis expresserint, sufficienter ostendit, quod a sexaginta
annis, et citra cum omni jurisdictione, honore, atque di-
strictu loca supradicta possedit, per quod patet, quod si
commune Faventin. a quinquaginta annis citra (sicut viden-
tur testes eorum deponere) aliqua servitia in locis percepe-
runt supradictis, illa procul dubio sine justo titulo perci- 19
pere inceperunt: cum duo insimul eamdem rem, et eodem
modo in solidum possidere non possint, maxime cum iidem
Faventini justum possessionis titulum, non ostendant, et
ex privilegiis imperatorum, et Romanorum Pontificum ec-
clesiae Ravennaten. concessis evidentissime colligatur pos-
sessionem ipsius ecclesiae in praedictis locis justam fuisse.
Cum ergo constet Faventin. ab eo tempore, quo se posse-
disse probare contendunt minus juste, ac sine titulo, aliqua
in praedictis locis temeritate propria occupasse; et oecono-
mus ejusdem ecclesiae petierit, a vi turbativa, seu inquieta-
tiva super praemissis commune Faventin. prohiberi, nos co-
gnoscentes in hoc casu non sic locum esse interdicto, uti
possidetis, ut dicere debeamus, uti possidetis, ita possiden-*

tis: cum probationes ecclesiae longe sint potiores, et ideo sit interdicto superiori commune Faventin. sibi condemnamus super jurisdictione, et honore, atque districtu, et aliis ad hoc generaliter pertinentibus, in locis praedictis, quoad possessorium judicium, quotontummodo octum est, perpetuum silentium imponentes: et prohibentes eidem, ut neque per se, neque per alios super his praesumat Ravennat. Ecclesiam, aut habitatores praedictorum locorum aliquatenus molestare. Verum, de hac materia, et quaestione alia dicemus inferius in vers. Ad hoc autem.

20 Caeterum daudum quoque esse mandatum de manutenendo ei, qui etiam vitiose possidet e suo adversario, a quo expulsus est e sua possessione, et reversus expulsus timore perterritus non agit contra expulsorem, et per consequens dicetur, hunc amisisse civilem, et naturalem possessionem, quod probatur ex *l. 3. §. in amittenda. ff. de acquirenda, vel amittenda possessione* in haec verba. *In amittenda quoque possessione, affectio ejus, qui possidet, intuenda est. Itaque si in fundo sis, et tamen nolis eum possidere protinus amittes possessionem. Igitur amitti et animo solo potest, quamvis acquiri non potest sed et si animo sola possidemus, licet alies in fundo sit, adhuc tamen possides juncto §. si quis,* immediate sequenti in haec verba. *Si quis nunciet domum a latronibus occupatam, et dominus timore perterritus noluerit accedere, amisisse eum possessionem placet, et per tex. in l. si id. 25. §. quod autem, eodem titulo.* in haec verba, *quod autem solo animo possidemus quaeritur, utrum ne eousque possideamus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio, an vero, (quod quasi magis probatur) eo usque possideamus, donec revertentes nos aliquis repellat, aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur, repelli nos posse ob eo, qui ingressus in possessionem? Et id videtur utilius esse, juncta glos. ibidem in dicto verba utilius.* Hinc si iste intentaret hoc interdictum. uti possidetis, succumberet ex eo, quod non possit dicere possidere dejectus etiam nec animo, *l. naturaliter*, 5. *de usucapionib. et usurpation.* in haec verba. *Naturaliter interrumpitur possessio, cum quis de possessione vi dejicitur, vel*
21 *alicui res eripitur, quo casu non adversus eum tantum, qui eripuit interrumpitur possessio, sed adversus omnes: nec eo casu quicquam interest is qui usurpaverit, dominus sit, nec ne: ac nec illud quidem interest, pro suo quisque possideat, an ex lucrativa causa.* Nec obstat sententia Menochii *de retinend. rem.* 3. *n.* 35. *et sequentibus*, nihilominus hunc posse agere interdicto, uti possidetis, nam licet pro eo adsit tex. *in l. siquis, 17. ff. de acquiren. vel amittenda possessione*, nam ex ea l. non probatur competere interdictum, uti possidetis, sed unde vi: haec sunt ejus verba. *Si quis vi de possessione dejectus fuerit, perinde haberi debet, ac si possideret, cum ex interdicto unde vi recuperondae possessionis facultatem habeat.* Hoc idem probat *Ugo Donellus in commentariis, et in l. unicae c. uti possidetis, sub n.* 11, in haec verba,

Non tamen adversus omnem, qui possessionis controversiam fecit, hoc interdictum competit; non datur adversus eum, a quo actor vi, aut clam, aut precario possidet, idque verba ipsa interdicti efficiunt. Itaque si qui alium vi dejecit patiatur controversiam possessionis ab eo, quem dejecerit: ipse quidem possidet, et adversus alios hoc interdictum experiri potest, sed adversus eum, quem dejecit, e quo vi possidet, interdictum hoc illi inutile est. Et hoc est, quod dicitur in *l. 3. ff. eodem. Eum, qui dejectus est eo, qui dejecit hoc interdicto superiorem esse.* Hoc enim sic interpretandum est, ideo esse superiorem: quia absolvitur, si cum eo agatur hoc interdicto. Non enim prohibebitur hoc interdicto vim facere, et ita absolvetur. Caeterum non ita absolvetur. Caeterum non ita superior est interdicto, ut pronuncietur possidere, atque ita possessio ab adversario ei restituatur. Nam hic, qui dejectus est, non possidet, quia possessionem amisit. *l. natura-*
22 *liter ff. de usurpationib. et usucapionib.* Porro hoc interdictum possessorem tantum tuetur, *l. 1. §. penult. ff. eodem.* Sic fit cum unus alterum dejecit, ut utrique agenti adversus alterum hoc interdictum sit inutile. Dejectori quidem, quia is vi ab adversario possidet. Dejecto autem quia omnino non possidet. Neque obstat, quod *in l. 3.* dicitur simpliciter, *dejectum hoc interdicto superiorem esse.* Hoc enim dicitur. cum is, qui dejecit, agit hoc interdicto: non autem, cum agit hoc interdicto is, qui dejectus est. Nam isto agente nullum interdictum uti possidetis esse potest, quia non possidet. Hoc idem probat *Antonius Perez in comment. ad codicem libro* 8. *titulo* 6. *uti possidetis* *n.* 7. Et propterea ea, quae dixit *Posthius dict. observatio.* 42. *sub, n.* 174. non ita sunt intelligenda pront jacent: repugnat enim aequitati, ut quis ex sua mala operatione jure tueatur, cum constet notorie de injusta possessione, incivile enim est, ut quis vincat in eo, quod possidet ab adversario per malum modum, neque quis debet reportare commodum ex possessione illicita contra adversarium capta, idem *Posthius observation. quadragesima secunda, n.* 163. Et ideo dicendum est pro concordia, ut doctrina Posthii habeat locum in nudo mandato de manutenendo in summariissimo, scilicet in eo statu, in quo reperitur detentor, ut idem Posthius explicat in suo tractatu de manutenendo *observat. 2. per totum*, ea ratione, quia fur, et latro non sunt spoliandi sua possessione de facto, sed si spoliatur ab adversario, non utique potest agere pro 23
mandato de manutenendo, sed tantum opponere se ab adversario fuisse spoliatum, ut melius explicat idem Posthius loco mox supra citato *n.* 167. dummodo non se fundaret in delicto, in haec verba. *Unde si spolietur ab adversario, et instet, se manuteneri, et sic excipiendo gerat partes rei, non habet necesse allegare, quo loco, et quando rem habuerit, et competit illi manutentio; sed si velit agere, et sic gerere partes actoris, non daretur illi manutentio, quia teneretur docere de interesse, quod non habet, quia tenetur ille, qua spoliavit:* hoc totum quoque comprobatur *ex dicta lege prima, § quod ait Praetor. ff. uti possidetis.* supra in versicul. Quod ait Praetor.

Ad hoc autem ut posset intentari hoc interdictum uti possidetis, requiritur possessio, ut supradictum est, verum tamen investigandum est, an quaelibet possessio sufficiat, vi- 24
delicet. an possessio civilis sola en naturalis, vel eu requiratur utraque tam civilis, quam naturalis?

Conclusio nostra est sufficere solam civilem, vel solam naturalem, et tanto magis utraque concurrente, est sententia, quae transit sine difficultate. *text in l. 1. § interdictum ff. uti possidetis.* verba sunt. *Interdictum autem possessorem praedii tuetur: quod est uti possidetis. Bart. in l. 1. in princ. Rot. Rom. apud Post. post tractat. dec.* 321. *n.* 33. 25
ibi sine possessione non conceditur interdictum uti possidetis. *et clarius textus in l. 2. ff. uti possidet.* in illis verbis *Qualiscumque enim possessor, hoc ipso, quod possessor est.* (explicat gloss. ibidem in verbo, possessor. idest *naturalis*), *plus juris habet, quam is, qui non possidet.* et quod naturalis tantum sufficiat, probatur *ex leg. fin. ff. uti possidetis.* ibi datur usuario, et usufructuario. qui naturaliter tantum possident haec sunt ejus verba. *In summa puta dicendum, et inter fructuarios hoc interdictum reddendum. Et si alter usumfructum, alter possessionem sibi defendat, idem erit probandum, et si usumfructus quis sibi defendat possessionem, et ita Pomponius scribit. Proinde, et si alter usum, alter sibi usumfructum tueatur, et his interdictum erit dandum,* et clarius *in l. naturaliter* 12. *ff. de acquirenda. vel amittenda possessione* ibi: *naturaliter videtur possidere is, qui usumfructum habet. et text. in l. possessio* 49. *eodem titulo ibi cum et naturaliter a fructuario teneatur.* et in puncto *practic. Padiens. in forma libelli pro turbat possess. in verbo hodie n.* 3. *Zoes. ad lib.* 43. *ff. digesto um. tit.* 7. *sub n.* 5. *Ant. Peres. in comment. ad c. lib.* 8. *tit.* 6. *sub n.* 5.

Caeterum nec colono, nec creditoribus, et iis, qui custodiae causa missi sunt in possessionem non datur hujusmodi 26
interdictum uti possidetis *Zoesius ad libr.* 43. *digesto um tit.* 17. *numero tertio, Antonius Perez. loco supra citato sub numero* 3. et 6. quia hi omnes possident nomine alieno, non proprio. Hoc autem interdictum datur solummodo ipsimet possessori. *leg. prima, cum suis paragraphis ff. uti possidetis.*

Non modica autem est difficultas an hujusmodi interdi- 27
ctum uti possidetis competat etiam detentori. Hanc quaestionem proponit Menochius rem. retinendae 3. *q.* 5. *n.* 46. *et sequentibus*, et concludit secundum communem opinionem non competere hoc interdictum, uti possidetis, ea ratione, quia nec detentori conceditur interdictum unde vi, quod est favorabilius interdicto uti possidetis per *text. in l. 1. §. dicitur ff. de vi, et vi armata* in haec verba. *Dicitur is, qui possidet sive naturaliter, sive civiliter possideat: nam et naturalis possessio. et pro suo ad interdictum pertinet. Denique, et si maritus uxori donavit, eaque vi dejecta sit, poterit interdicto uti: non tamen si colonus* concordat *ibidem Gloss.* in verbis. *si colonus.* et ita probat *Antonius Perez. ad librum octavum codicis tit.* 4, *n.* 5. in haec verba Colono eu-

tem hoc interdictum non accomodatur, si de conducto prae-
dio dejectus fuerit, cum non sibi, sed aliis possideat per *l.* 1.
§. 20. Etenim quod *in l.* 7. §. 11. *ff. comment. divid.* dici-
tur colonum naturaliter possidere; intelligendum est, non
vere possidere, sed detinere *l.* 3. *in fin. et l.* 4. *ff. ad exhi-*
28 *bend.* Separandi namque sunt hi, qui vere possident, ab iis
qui sunt in possessione, aliud enim est esse in possessione,
29 aliud esse possessorem, in possessione est depositarius, com-
modatarius, colonus, inquilinus, is, qui precario rogavit, ut
morari liceat, non etiam possidere. Sed de colono est *leg.*
12. *et* 18. *ff. de vi, et vi armata quae videntur adversari.*
30 Nam ibi emptor fundi jussus a venditore fundum ingredi, a
colono repulsus est, postea emptor vi colonum expulit dicitur,
hoc eidem interdicto teneri, cum tamen non est nisi colonus
qui tantum fuit in possessione, non autem sibi possedit, quia
muteret causam suae possessionis, quod non licet.

31 Verum dicendum est in dictis legibus, colonum non ma-
nere amplius, ut colonus in fundo, sed ut violentus possessor,
sicut non admittendo emptorem, non amplius alteri posside-
re, sed sibi videtur; non obstante regula, quod nemo mutet
sibi causam possessionis, nam illa non obtinet, quando ali-
quid accedit, per quod videatur mutari possessio, uti hoc
in casu per violentiam coloni repellentis emptorem, quem
utique expellendo videtur, possessionem sibi arrogare. Un-
de licet ipse teneatur domino interdicto unde vi, quod em-
ptorem ex voluntate ejus missum, intrare prohibuerit, ni-
hilominus, si ab ipso emptore vicissim spolietur, habet
contra eum simile interdictum.

Nihilominus adest et aliud argumentum non contemnen-
dum, quo probari videtur, colono competere interdictum, un-
de vi deductum, *ex l.* 1. §. *quod autem ait praetor. ff.* de
vi et vi armata in haec verba; *quod autem ait praetor quae-
que ibi habuit, sic accipimus, ut omnes res contineantur,
non solum quae propriae illius fuerunt, verum et si quae
apud eam depositae sunt, vel ei commodatae, vel pignora-
tae, quarumque usum, vel usumfructum, vel custodiam ha-
buit, vel si quae ei locatae sunt; cum enim dicat praetor,
habuit omnia haec habendi verbo continentur.* Ex quo text.
clare videtur competere ejecto interdictum unde vi, seu de
vi, et vi armata, praecipue per illa verba, *vel si quae ei lo-
catae sunt,* qui textus ex diametro videtur contrarius dicto
§. *dejicitur*, supra extenso, et hujus opinionis *est Innocen-
tius in cap. veniens. de praescriptionibus*, ut refert *Meno-
chius dict. quaest.* 5. *numero quadragesimo sexto*, quem
per me lectum non vidi ita loqui, prout supponit, adducun-
tur et alia argumenta per eumdem *Menoch. loco supra cita-
to*, quae agere videntur. Et praecipue, quod deducitur ex in-
terdicto, de itinere actuque privato. *ex lege prima.* §. *si ubi*
eodem titulo, ei enim, qui per triginta vices ivit per fundum
alienum, quem Menoch. supponit detentorem, dari illud in-
terdictum, ut a paritate rationis idem veniret dicendum in
hoc casu.

Attamen non mihi displicet responsio ad primum tantum
concedi dejecto colono interdictum, *unde vi*, non primario,
sed tantum secundario, et in consequentiam, ratione violen-
tiae, vel dejectionis e possessione, quam retinebat dejectus,
si enim exempli gratia, e domo, a qua fuit dejectus haberet
apud se res depositas, vel sub sua custodia, de illis, quo-
que esset redintegrandus non principaliter, sed in conse-
quentiam.

Quare autem colono non detur illud interdictum, unde vi,
et successive, uti possidetis? plures rationes assignat *Rubeus
in l. naturaliter* §. *nihil commune ff. de acquirend, vel amit-
tend. poss.* quae mihi non quadrant; ratio ergo principalis
esse videtur, quia colonus non sibi, sed locatori possidet, et
ideo domino, non colono tale interdictum competit. Caeterum
quoties colonus intervertit possessionem, et de ejus animo
constat possidendi, ut contingit in exemplo allato ab *Antonio
Perez. supra adducto*, et extenso, statim, et illico datur in-
terdictum, uti possidetis, vel unde vi, contra emptorem fun-
di ab eodem colono conducti, ut ibi expresse dictum est, et
in eo casu non dicitur amplius detentor, neque esse in pos-
sessione, sed esse possessorem. Et ita etiam venit responden-
dum, *lege* 1. §. *tibi ff. de itinere, actuque privat.* ille enim,
qui per triginta dies ivit per fundum alienum non dicitur
detentor, sed quasi possessor, nam ait praetor in *d. leg.* 1. §.
hoc interdicto de itin. actuque privat. Hoc interdicto prae-
32 *tor non inquirit; utrum habuerit servitutem jure impositam,
an non, sed hoc tantum, an itinere, actuque hoc anno a-
sus sit, non vi, non clam, non precario: et tuetur eum, licet
eo tempore, quo interdictum redditur usus, non sit. Sive
igitur habuit jus viae, sive non habuit, in ea conditione est,
ut ad tuitionem praetoris pertineat, si modo hoc anno u-
sus est, vel modico tempore, idest non minus quam triginta
diebus.* Officium enim praetoris est tuendi possessores tan-
tum, vel quasi, non autem detentores, nam hic, qui per tri-
ginta dies ivit, non ivit alieno nomine, sed proprio, et ideo
dicitur quasi possidere iter, vel actum, seu melius habere
quasi possessionem eundi, vel agendi.

Reus autem ab actore conventus, si velit deludere eum- 33
dem in hoc interdicto, uti possidetis, debet probare, eum ab
eo vi, clam, vel precario possidere, seu opponere debet in
principio judicii, se fuisse spoliatum, alias non posset obtine-
re, ut advertit *practic. Papiens. loco sup. cit. sub n.* 4. ubi
praescribit modum repellendi actorem, seu liberandi se a
molestia ab eodem, si probaverit reus suam possessionem an-
tiquiorem, quo in casu illa actoris dicetur clandestina, seu
violenta, nisi actor probaverit tit. suae possessionis.

Verum haec doctrina sano modo venit intelligenda, seu 34
secundum sensum quem adducit *personal. de adipiscend.
sub numer.* 51. in haec verba. *Et quamvis soleat dici, ut
ille, qui titulatam habeat possessionem, jura tamquam po-
tiora habens, alii titulatam habenti praeferatur. Felin. in
d. c. licet causam. sub num.* 9. *vers. quarta causa. Alex.
cons.* 76. *num.* 5. *lib.* 2. *Calcan. cons.* 36. *num.* 19. *Paris.
cons.* 112. *n.* 79. *lib.* 1. *tamen ego atique censeo id esse ve-
rum, quando probationes in tempore, in caeterisque hinc
inde pares sint. Bart. in dict.* §. *si servum n.* 3. *Dec. in d.
c. licet causam* n. 9. *vers. quarta et ibi etiam Felin. in d.
artic. quarta causa. Ripa in l. naturaliter.* §. *nihil. com-
mune n.* 99. *et sequenti. ff. de acquirend. poss. Marant.* in
tract. de ordin judicior. in quarta parte distinct. 7. *sub
n.* 17. *et* 19. *Paris. d. cons.* 112. *n.* 79. *lib.* 1. *Boreus in
suis quaest. famil. q.* 71. *n.* 3. *et* n. 6. secus vero erit si
probationes non aequales sint quia unus probat se de prae-
senti possidere, et pro tempore quoque praeterito possedisse,
et sic antiquius, ut alius tantum de praesenti, sed cum titu-
lo, non hoc in casu, titulus eidem patrocinatur, contra illum
utramque possessionem, videlicet, antiquiorem, et de prae-
senti probantem *haec personal. loco citato.* cum eo concor-
det, *Afflict. decis.* 63. *n.* 4. nempe antiquiorem, et praesen-
taneam possessionem praeferri recentiori, etiam titulatam,
modi autem probandi possessionem in interdicto, uti possi- 35
detis, adducuntur *per Menoch. de retinenda remed.* 3. *n.*
560. *et sequent.* et ad quae etc.

Restat modo discurrendum de secundo requisito, scilicet 36
de turbatione. Datur ergo hoc interdictum adversus quos-
cumque turbantes, aut impedientes possessionis usum. *leg.*
3. §. *hoc interdictum. ff.* uti *possidet.* sive haec turbatio fiat
per se, sive per alium, sive in judicio, sive extra judicium,
hoc interdicto peti potest, ut imponatur perpetuum silen-
tium, sive molestia fiat factis, sive verbis, veruntamen sola
verbalis molestia non videtur sufficiens, ut advertit. *Faber.
in* §. *retinendae. n.* 11. inst. *de interd. Vesemb. ad lib.* 43.
Digestorum tit. 18. *uti possidetis sub n.* 5. *lit. A.* ait e- 37
nim requiri facti atrocitatem. *l.* 1. §. *interdictum ff.* de *vi,
et vi armata*, ibi, *ad solum autem vim atrocem pertinet hoc
interdictum ex Anchar.* cons. 248. *n.* 2. *ad prand.* et ra- 38
tione, quia ubi facto opus est non sufficiunt verba. *l. Julia-
nus.* §. *afferri ff. de action. empt. et vend. l. peculium* 1. §.
fin. ff. de pecul. sed clarius *in l.* 1. §. tulisse *ff. ad Senatus-
cons. Syllan.* in illis verbis. *Non tamen semper, qui clamo-
re usus est, auxilium tulisse videtur, quid enim, si cum pos-
set manu depellere a domino periculum, ille clamarem in- 39
anem elegit? Plectendus utique erit.* Et ideo potius in eo
casu videtur actione injuriarum agendum esse. *c. querelam*
24. *de election. l. qui pendentem* §. *fin. ff. de action. empt.
et vendit: l. injuriarum* §. *ult. ff. de injuriis.* Nisi casus
in eo, qui minas exequi solet, ut ratione formidinis, posses-
sor minus recte colere posset, aut idoneos colonos invenire 40
non possit advertit. *Bart. in l.* 1. §. *hoc interdictum num.*
3. *ff. uti possidetis.* Idem confirmat *Anton. Perez. ad Co-
dice, libro octavo, titulo sexto, uti possidetis sub numero
decimo, Donell. enucleat. libro decimo quinto, capite* 32.
lit: T. omnes unanimes probant idem.

Sed quia supra in versic. *sed quando*, controvertitur de
duobus praetendentibus possidere, attulimus doctrinam *E-
manuel. Gonzales*, ut ibi, quae licet et ipsa sit fundata, at-
tamen ex post ad manus venit *Doctrina Antonii Perez. ad* 41
codic. libro octavo, titulo sexto, uti possidetis, quae mihi

placet, et cum quo transire intendo, ubi *numero decimo quarto*, proposuit quaestionem, quomodo se gerere debet judex: quando probationes in hoc interdicto utriusque partis sunt pares, affert et ipse plures opiniones alios dixisse, dividendam esse possessionem, partem uni, partem alteri. Alios forte hanc litem esse dirimendam. Alios possessionem sequestrandam esse, ipse autem est hujus sententiae in haec verba.

Quare mihi magis illa probanda videtur, judicem debere pronunciare (si partes de eodem genere possessionis contendunt) uti possidetis, ita possideatis, quod comprobatur *ex leg. si duo 3. ff. uti possidetis.* in haec verba. *Si duo quoque possideant in solidum, videamus quid sit dicendum, quod qualiter procedant, tractemus. Si quis proponeret possessionem justam, et injustam: ego possideo ex justa causa, tu vi, aut clam: si a me possides, superior sum in interdicto, si vero non a me, neuter nostrum vincetur, nam et tu possides et ego.* ex quo text. colligitur in hoc casu neutrum altero esse superiorem, sed utrumque vincere, idest, judicem ita pronunciare debere, ut uterque in sua possessione ab altero non inquietetur: quo pertinent verba edicti, *uti eas aedes et c. possidetis, quo minus ita possideatis vim fieri veto.* Idem probatur *ex leg. unica codice uti possidetis* in haec verba. *Vi possidetis fundum, de quo agitur, cum ab altero nec vi, nec clam, nec precario possidetis, rector provinciae vim fieri prohibebit: ac satisdationis, vel transferendae possessionis edicti perpetui forma servata, de proprietate cognoscet.* Cujacius *libro quinto, observat. capite vigesimo secundo.*

Contra hanc propositionem adducit argumentum in haec verba. *sequeretur plures unam eamdemque rem in solidum possidere.* Quod tamen fieri non posse supra titul. de acqui-
41 rendo possessione *n.* 13. docui, et probavi per textum *in leg possideri; 3. §. ex contrario ff. de acquirenda, vel amittenda possessione.* in haec verba. *Ex contrario plures eamdem rem in solidum possidere non possunt. Contra naturam quippe est, ut cum aliquid ego teneam, tu quoque id tenere videaris.* Sab. tamen scribit, *eum qui precario dederit, et ipsum possidere, et eum qui precario acceperit. Idem Trebatius approbat, existimans posse alium juste alium injuste possidere. Duos juste, vel duos injuste non posse.* Quem *Labeo* reprehendit: *quoniam in summa possessionis non multum interest juste quis, an injuste possideat, quod verius est. Non enim magis eadem possessio apud duos esse potest quam ut stare videaris in eodem loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.*

Ad hoc respondet idem Perez dicendo, verum dicendum est, quod dum judex formulam interdicti secutus, utrumque possidere pronunciat, non fatetur possessionem apud utrumque esse, sed quia dubium est, quis quo jure litigatores possideant, et jubet eos manere in suo jure, donec res cognoscatur, et vetat vim, atque injuriam alteri ab altero fieri. Interim tamen ex ea sententia intelligi non potest, uter in petitorio sit actor, et uter sit reus, cum utriusque juris sit par, et uterque possideat: in petitorio autem solus est reus, *l. supra de alien. judicii mut. leg. 9. ff. de rei vindicatione.* Atqui hoc interdictum ad id comparatum, ut ex eo intelligatur uter in petitorio sit actor, aut reus, ut ait *imper. in §. retinendae: instituta de interdictis, et per text. in l. 1. §. hujus autem interdicti.*

Huic objecto respondet dicendo, si consideremus in hoc interdicto, interdum unum possidere, plerumque duos, sive duos de possessione contendere, priori casu, quo unus tantum possidet, et ab altero inquietatur, facile per sententiam intelligitur quis sit possessor; sed in altero caso, quo uterque est possessor, vix ex sententia potest intelli-
43 gi, uter sit actor, vel reus in petitorio. Quare (ait ipse) huic difficultati remedium adfert. (*l. nostra unica c. uti possidetis*, hoc nimirum, ut ex his duobus possidentibus in judicio petitorio, statim ab initio unus ab altero petat cautionem, quam si alter neget transfertur ab eo possessio in adversarium, ut ille solus scilicet possideat, qui paratus est cavere, et is tum sit reus in petitorio, alter vero, qui cautionem denegerit, sit actor. Quod quidem cautionis remedium, non modo in hoc interdicto, sed et in aliis quoque actionibus, et articulis juris adhiberi solet, ut videre est *in l. postquam 5. §. imper. ff. ut legatorum nomine, etc.* in illis verbis, *eum a quo res fideicommissae petebantur, cum appellasset, cavere: vel si non caveat, ad adversarium transferri possessionem debere recte placuit Principi post revocationem quoque fideicommissi, cautionem interponi, et ut latius ibi videri potest, et ex l. de bonis. 6. §. post pubert ff. de Carbon. Edicto.* in haec verba (loquitur ibi de pupillo dicendo) *Post pubertatem quaeritur, an actoris partes sustinere debeat, qui ex Carboniano missus est in possessionem? et responsum est, rei partes eum sustinere debere, maxime si caverit. Sed et si non caverit, sed nunc paratus sit cavere, quasi possessor conveniendus est. Quod si nunc non caveat, possessio transfertur adversario satis offerente perinde, atque si nec ne primum ab eo peteretur haereditas. Carbonianum enim edictum providet pupillis, quibus controversiae status movetur in successione bonorum paternorum, vel maternorum, ut expectetur tempus pubertatis*; ut notat *Zoesius ibid.* et *Wesemb. ad dictum titulum de Carboniano edicto.* Placet autem mihi sententia Perez uti jure comprobata, praecipue cum istud interdictum *uti possidetis*, sit conceptum in plurali, non vero in singulari, non enim dicitur *uti possides, ita possideas, sed uti possidetis, ita possideatis*, juxta formulam a praetore praescriptam *in l. 1. ff. uti possidetis.* Quare per remedium satisdationis utrique providetur ne se molestent in eo statu possessioni, in quo reperiuntur, et uno recusante talem cautionem praestare, statim possessio transfertur in adversarium caventem.

Hinc subjungit postea idem *Anton. Perez. n.* 17. dicen- 44
do, *sed quaenam ei sit cautio. quaeri solet? sunt qui putant eam esse, quae vulgo dicitur judicio sisti, verum ea praestari non solet a possessore rei immobilis l. penult. ff. de satisdat. Quare Donellus hic intelligit cautionem judicatum solvi, sed nec ea hodie in petitorio, de quo in hac lege agitur, praestatur a rea §. sed hodie inst. de satisdat. Duaren. autem existimat cautionem esse de non inquietando, vel turbando in futurum lib. 1. disp. c. 21. quam proinde victus praestare debet adversario, de eo imposterum non inquietando, in sua possessione. arg. l. penult. ff de aqua quotid. ubi victus teneatur cavere adversario se non impediturum eum in usu aquae ducendae. Verum licet hanc opinionem praxis receperit, auctore Gail. lib. 1. obs. 166. a theorica tamen veritate alienam Cujac. lib. 1. sent. Pauli tit. 11. de satisd. recte asserit. Nam quod haec cautio in servitutibus nominatim exigatur a victo l. 7. et 12. ff. si servitus vind. hoc ipsum argumentum est, in controversiis rerum corporalium, ab eo cautionem non esse exigendam. Rationem diversitatis hanc esse putat Don. ad h. l. quod nihil in servitutibus sit, quod dominus confessoria servitutis actione victus restituat corpore; servitutum namque nulla est possessio l. ult. ff. de serv. Et ob eam causam in subsidium exigitur cautio a victo, quae sit pro servitutis restitutione. At vero in rebus corporalibus rei ipsius possessio restitui potest, qua restituta frustra aliud exigitur, quod restitutionis vice fungatur. Verior igitur earum opinio, qui cautionem rei non deteriorandae intelligunt, eamque praestare a victore ipso volunt, quod videlicet rem cujus possessionem obtinuit salvam, et illaesam conservabit, non vero diminuet, neque fructus ejus rei dilapidabit, donec causa proprietatis cognita, et determinata fuerit. Quocirca si non satisdat hoc modo, qui victor est declaratus, transferenda est possessio in petitorem satisdantem, ita ut alteri incumbat onus probandi.* 45

Sequitur modo videndum, quae huic interdicto opponi possint: et tria sunt, quorum primum est exceptio praescriptionis annalis, ex qua oritur facultas experiundi. *text. in l. 1. ff. uti possidetis* in illis verbis. *Intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit agere permittam.* hoc est datur tempus unius anni ut lis ad agendum hoc interdicto eo quod vis ista non sit tanta quanta est vis expulsiva, et respectu rei, ad quem nihil pervenit, poenalis ex hoc interdi-
cto actio sit, quae anno etiam concluditur, quare, eo elapso 46
non competit, quia intra tempus concessum, post tempus censentur denegata argumento deducto ex eadem *l. 1. ff. uti possidetis.*

Secunda exceptio, si opponatur agenti, vi vel clam, vel
precario ab adversario possidere, prout sonant verba inter- 47
dicti, quia talem possessorem nulla aequitas tuetur. *l. 1. §.*
fin. ff. uti possidetis. et haec exceptio non dicitur dilatoria, 48
sed peremptoria, et ideo post litem contestatam, vel in principio judicii est apponenda. *Bart in l. 1. d. §. fin. n. 4. ff. uti possidet.* Vi autem possidere dicitur, qui possessorem antiquiorem expulit, et rei possessionem occupat. *l. 1. §. uti possidere. ff. de vi, et vi armata ibi. Vi possidere eum definiendum est, qui expulso veteri possessore, acquisitam per vim rerum possessionem obtinet: aut qui in hoc ipsum apta-*

tus, et praeparatus venit, ut contra bonos mores, auxilio, ne prohiberi possit ingrediens in possessionem, vim facit.
49 Clam qui furtive possessionem ingressus est, domino ignorante, a quo controversiam metuebat. *l. clam.* 6. *ff. de acquir. possess.* ibi. *Clam possidere eum dicimus, qui furti-*
50 *ve ingressus est in possessionem eo ignorante. quem sibi controversiam facturum suspicabatur, et ne faceret time-*
51 *bat.* Precario vero, quae precibus ab alio impetravit, ut possideret, aut uti liceret. *l. 2. ff. de precario.* ibi *Veluti si me precario rogaveris, ut per fundum meum ire, vel agere tibi liceat: vel ut in tectum, vel in aream aedium meorum stillicidium, vel tignum in parietem immissum habeas.*
52 Tertia exceptio, est notorietas dominii, quae exceptio, si opponi potest in interdicto, unde vi, quod est magis, poterit etiam opponi in interdicto, uti possidetis, secundum doctrinam *Alex. in l. 12. ͌. 1. ff. de acquir. poss.* n. 27. *ex Bald.* ubi quatenus notorie constiterit de dominio, veluti per sententiam, et quando in continenti probari possit. Enim vero si hoc permittitur in eo, qui gravius deliquit, a fortiori quoq; debet permitti in eo, qui minus deliquit, nam gravius delinquit, qui spoliat, quam qui turbat, sed quoniam haec propositio patitur difficultatem; ideo decrevimus pleniarie investigare hanc quaestionem, scilicet an vera sit haec doctrina *Alex. in d. l. 12. ͌. nihil commune. ff. de acquir. possess.* videlicet, an in interdicto, unde vi, habeat locum exceptio dominii, seu etiam in hoc interdicto retinendae.

L. si quis in tantam 7. c. unde vi ille est, quae fomentat hanc quaestionem, ait enim. *Si quis in tantam furoris pervenerit audaciam, ut possessionem rerum apud Fiscum, vel apud homines quoslibet constitutarum ante adventum*
54 *judicialis arbitrii violenter invaserit: dominus quidem constitutus, possessionem, quam abstulit, restituat possessori, et dominium ejusdem rei amittat.*

Si vero alienarum rerum possessionem invasit, non so-
55 *lum eam possidentibus reddat. verum etiam aestimationem earumdem rerum restituere compellatur* concordat cum cap. *redintegranda.* 3. *et* 4. 3. *q.* 1. *ibi redintegrando sunt omnia expoliatis, et in eo loco, unde abscesserant funditus revocanda quacumque conditione temporis, etc.* quibus stantibus.

Duae in hac difficultate sunt sententiae prima negativa,
56 secunda affirmativa. Negativa, non esse admittendam exceptionem notorietatis dominii in interdicto, recuperandae, multo minus in retinendae interdicto. Quam sequutur *Fachinetus in suis controversiis lib.* 8. *cap.* 10. *et eodem lib.* 17. *d. cap.* 10. Hoc etiam negat in interdicto retinendae.
57 Sententiam vero affirmativam tuetur *Cancerius de exceptionibus cap.* 18. *parte* 1. *n.* 32. quem sequitur, *Antonius Perez. ad librum* 8. *codicis tit.* 4. *unde vi, n.* 26. *et* 27. *nam d. n.* 29. habet haec verba. *Ergo vim faciens restituendus* non *est, si vi repulsus fuerit cap.* 12. *de rest.*
58 *spol.* quo pertinet, quod ait *c. eum, qui cum armis venit, posse nos armis repellere, sed hoc confestim, non ex intervallo. l.* 3. *͌.* 9. *ff. de vi, et vi armata, et ideo si is qui rei suae possessione injuste spoliatus esset, cum inculpata tutela; id est, incontinenti non intervallo, atque justam possessionem defendendi causa, violentum invasorem vi repulerit, jure id fecisse existimabitur,* nec *ad restitutionem conveniri poterit. leg.* 1. *hoc titulo cod.* unde vi, in haec verba. *Recte possidenti ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat inculpatae tutelae moderationem illatam vim propulsare licet. Dico qui injuste est spoliatus, quia de eo loquuntur Imperatores, qui recte possidet, et sine vitio, non vi, non clam, nec precario, ut ei liceat vim propulsare, cum moderamine inculpatae tutelae, id est, ut eatenus vis adhibeatur, quatenus ad vim alterius repellendam necesse est l.* 3. *ff. de justit. et jure. leg.* 3. *codic. ad legem Cornel. de sicariis*
59 ubi. *Si quis percussorem ad se venientem gladio repulerit, non ut homicida tenetur: quia defensor propriae salutis in nullo peccasse videtur. Etenim qui cum vitio possidet, et injuste non utique semper potest jure vim propulsare.*

Quintimo (et est idem auctor) *dubitatur an esset hoc interdictum.* si notorius praedo spoliatus fuerit ab ipso domino, de cujus justo dominio constat? Et videtur non cessare inspecto jure civili, quo spoliatum ante omnia restituendum definitur; eoque pertinet, quod scribit Constantinus Imperator *in lege septima, codice ad legem Juliam, de vi publica.* ante omnia violentiae causam examinandam, esse, ut ei, quem constiterit expulsum, amisse possessionis jura reparentur. Idemque Justinianus in *leg. penult. ͌. quod si quis c. de praescriptione triginta annorum*, violenter ablatam possessionem, priori possessori sine ulla distinctione vindicare permittitur. Quod, et in *lege* 7. clare praecipitur, ut dominus qui invasit, et abstulit rei possessionem, eam restituat possessori, et dominium ejusdem rei amittat. Unde et interdictum hoc scilicet *c. unde vi*) competit spoliato contra dominum spoliantem, neque enim dominii exceptio spoliato agenti interdicto unde vi, objici potest argumento *legis* 17. *ff. de vi. et vi armata.* Facit quoque, quod vim inferens confestim repelli potest, licet non ex intervallo, quod ea res habeat speciem invasionis. *leg.* 3. *͌. eum igitur. ff. de vi. et vi armata.* haec sunt verba. *Eum igitur, qui cum armis venit possumus armis repellere: sed hoc confestim, non ex intervallo: dummodo sciamus non solum resistere permissum, ne dejiciatur: sed et si dejectus quis fuerit, eumdem dejicere, non ex intervallo, sed incontinenti posse.* Denique urget, quod cum dominus fundi possessorem vi dejecit, non videatur possessio in ejus potestatem rediisse ex causa, quod hoc interdicto eam sit restituturus. *leg.* 4. *͌.* 26. *ff. de usucapionibus.* Ex quibus, et jam, aliis juris locis collecta receptaque est regula, spoliatum ante omnia restituendum *Fachinetus lib.* 8. *controv. cap.* 10. *Gomez ad leg.* 45. *Tauri numer.* 182.

Quibus tamen non obstantibus (ait idem Perez) posset 60
dici, nec male, dictam regulam non procedere, in domino, qui notorium praedonem spoliavit. in cujus probationem adfertur *lex* 1. *͌.* 30. *et l.* 12. *cum leg.* 10. *ff. hoc tit. de vi armata*, qui textus admittunt hoc interdictum dari praedoni, contra tertium spoliantem, quasi argumento ducto, a contrario sensu, aliter res se haberet in vero domino spoliante eum, a quo antea spoliatus erat. Verum hoc argumenti genus parum urget in casu, quo aliter jure dispositum, quod passim videtur mandare restitutionem spoliati ante omnia.

Nihilominus tamen haec posterior opinio verior est, cum licet textus loquantur indistincte, juris tamen ratio aliud
postulat in domino, quam non domino, scilicet. quod quan- 61
do constat de jure proprietatis non sit attendenda causa possessionis, quia haec illi cedit. *juxta cap.* 6. *de causa poss.* constat autem hoc in casu de jure proprietatis, ex praesupposito, ut non debeat habere locum regula, quae indistincte vult restitutionem ante omnia faciendam esse: quod certe non foret sine vitio, si quidem ad possessionem nihil juris competat spoliato, eo quod constet jus proprietatis esse penes spoliantem, ut succedat regula, spoliatum dolo agere,
dum petit possessionem, quam mox restituturus est. *leg.* 8. 62
ff. de doli mali, et met. except. in haec verba. *Dolo facit, qui petit, quod redditurus est.* Facit quod habet. *leg.* 31. *ff. depositi.* depositum reddendum esse deponenti, nisi aliud justior causa exigat, ut in praesenti casu, si dominus rei concurrat cum deponente. Non obstant textus primo supra adducti, qui obtinent in eo casu, quo dominus non spoliavit notorium praedonem, quo etiam sensu accipienda *dict. leg.* 7. *hoc tit.* nimirum, cum dominus non tam notorium praedonem, quam justum possessorem spoliavit possessione, uti patet ex eo, quod dominus ibi privetur rei suae dominio,
quod spoliato adducitur, cum non sit verosimile, imperato- 63
rem voluisse afficere praemio praedonem notorium, qui potius poena dignus est. Deinde non est legis fovere alicujus malitiam, sed unicuique suum tribuere, non tribueret autem, si in casu, quo notorius praedo est dejectus per dominum, vellet a domino restitui praedoni, rem, qua antea spoliasset dominum. Sicut non obest, quod qui vim infert tenetur rem ablatam restituere, quia id non obtinet in domino dejiciente a sua possessione notorium praedonem, qui eumdem dominum ante dejecerat. Postremo non movet dicta. *l.* 4. *͌.* 26. cum non agat de praedone, sed de possessore justo, qualis in dubio est praesumendus. Itemque minus urget, quod hic dominus ex intervallo dejiciens invasorem habeatur tamquam violentus. *d. l.* 3. *͌.* 9.

Nam, et ideo aliquam violentiae admissae poenam mereretur, non etiam possessionis privationem, quae nullo jure adjiceretur alteri, qui prius violentiam commiserat. Haec Antonius Perez, cujus libenter sequor sententiam, quibus.

Addo *textum in cap. ad decimas* 2. *de restit. spoliat. in* 64
6. in haec verba. *Ad decimas, quas canonici sancti Nicolai se asserunt infra parochiam ecclesiae B. Clerici posse-*

dirse aliquamdiu: et eis per eumdem clericum spoliatos fuisse, nequaquam debent restitui, nisi evidenter docuerint, quod earum possessionem legitime assecuti fuissent: quia eas occupasse injuste verisimiliter praesumuntur, cum proveniunt ex praediis intra alienam parochiam constitutis: sitque manifestum. nisi aliud ostendatur, eas de jure communi ad eamdem ecclesiam pertinere; hinc Augustinus Barbosa ad hunc textum ait, quod quando jus commune resistit, spoliatum non esse restituendum, *ut ibi n. 3. et sequentibus* concludenda, ideo in praesenti restitutionem non dari, quia canonici spoliati percipiebant praedictas decimas ex praediis intra spoliantis parochiam constitutis, ac proinde jus commune, vel ejus praesumptio erat pro parocho spoliante, quo attento praedictum jus decimandi solis parochiis intra fines suae parochiae competit. *cap. ultim. de parochiis*. at in simul eret contra canonicos spoliatos Et sic est unus celebratissimus casus ad probandum deficere regulam, spoliatum esse ante omnia restituendum, de qua *in cap. 1. de restit. spoliat.* non enim procedit quando jus commune favet spoliatori, et resistit insimul spoliato. Quadrat hic textus nostrae decisioni nedum in interdicto retinendae, ut possit opponi exceptio dominii notoria, tum in interdicto, unde vi, tum in interdicto, uti possidetis; nam ut ait Augustinus Barbosa in dicto *cap. ad decimas. sub n. 14.* rationem quam adducit idem textus, quia ea est generalis, et non tantum inservit pro decimis, et rebus spiritualibus, sed etiam temporalibus, ubi adducit plures doctores, hunc teneri docere possessionem rei subtractae legitime acquisivisse, licet jus commune non assistat spoliatori; hanc propositionem probat ex *Innocentio, Imola, Abbate, Berovo, Cassadora decis. ut apud eos videri poterit*, sed ut descendamus in arenam, et hanc theoricam ad praxim reducamus.

Demus casum prout loquuntur *textus in l. colonus. 12. et in l. cum sub num. 18. ff. de vi, et vi armata*; nempe, quando locator propria bona locasset cuidam colono, finita locatione, monuit locator conductorem, ut discederet, seu dimitteret bona conducta, recusavit colonus ea relaxare, affirmando, se non teneri. Locator autem vi dejecit talem colonum, modo quaeritur, an colono competat interdictum unde vi, vel uti possidetis.

65 Certe, attenta dispositione dicti *cap. ad decimas*, si colonus agat interdicto, *unde vi, vel uti possidetis*, ei obstare notoriam exceptionem dominii, et habere contra se praesumptionem juris communis; et jus commune assistere locatori respectu dominii notorii ad denegandam possessionem violenter ablatam ea ratione, quia notorie constat, cum esse tantum conductorem, qui nec habet dominium bonorum conductorum, nec possessionem. Dominus autem incontinenti probat dominium per instrumentum locationis, quo mediante probatur dominium, nec non et ipse colonus in eodem instrumento fatetur eum esse dominum. Ideirco, si dominus colonum vi dejecerit, et colonus instet redintegrari in sua possessione, non erit audiendus, quia habet contra se praesumptionem juris, et jus, commune favet locatori; ideo non venit restituendus colonus, quia si daretur restitutio, *leg. si quis in tantam, ut supra*, esset nutritiva peccati, seu aperte, et evidenter induceret peccatum, ut advertit *Barbosa in dicto cap. ad decimas sub n. 13. et 14.* in illis verbis. Ratio enim quam textus reddit in versic. *quia eas* juncto vers. *sitque manifestum* generalis est, et aeque concludit in hoc, ac in aliis casibus, in quibus datur resistentia contra spoliatum, et assistentia pro spoliatore. Datur insuper eadem peccari occasio, et ita hanc sententiam tenent omnes fere doctores in principio hujus textus citati, dum inter res spirituales non distinguunt.

Certum est autem in jure canonico quotiescumque lex civilis inducit peccatum, eam non esse attendendam, sed standum esse dispositioni juris canonici, ad evitandum peccatum.
66 Plura enim sunt exempla veluti in praescriptione trigiata,
67 vel quadraginta annorum hanc currere, si aliquo tempore praescribens fuerit in mala fide. *leg.* 8. §. 1. caeterum jure canonico, quod in hac re sequendum, est quia agitur de peccato, nulla longissimi, aut immemorabilis temporis praescriptio juvare potest malae fidei possessorem. *cap. 5. et final. de praescriptionibus.* verba primi capituli sunt haec. *Vigilanti studio cavendum est, ne malae fidei possessores simus in praediis alienis, nam nulla antiqua dierum possessio juvat aliquem malae fidei possessorem etc.* et verba cap. final. in versiculo *cum generaliter sit omni constitutioni, atque consuetudini derogandi, quae absque mortali peccato non potest observari*. Hinc cum dicta lex, si quis in tantum cum aliis legibus ab adversantibus citatis evidenter inducatur in peccatum, cum actor sciat rem alienam sine aliqua tergiversatione non venit restituendus, ea ratione dolo
facit, qui petit, quod statim restituturus est. *cap. dolo fa-* 68
cit de regulis juris in 6. 59. ut leg. dolo facit 8. ff. de dolo malo, et metus except. cum hic constat exprese sine aliqua, tergiversatione de assistentia juris communis ipsi locatori, et de resistentia, seu manifesta praesumptione contra ipsum conductorem, tum etiam quia ex *leg. 1. §. quod ait praetor ff. uti possidetis* in haec verba. *Quod ait praetor in interdicto, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, hoc eo pertinet, ut si quis possidet vi, aut
clam, aut precario, si quidem ab alio, prosit ei possessio,* 69
si vero ab adversario suo non debeat eum propter hoc, quod ab eo possidet, vincere, has enim possessiones non debere proficere, palam est. Sed sic est, quod colonus a locatore possidebat, ergo licet locator vi colonum, expulerit, non propterea colonus venit restituendus.

Ne mireris, si dixerim colonum possidere, quia colonus nomine conductoris censetur possidere, seu potius esse in
possessione. Nam respondetur, si nihil aliud interveniat, 70
utique colonum esse in possessione, et non possidere. sed si intervertat possessionem locatoris violenter possidendo, tunc et ipse ratione interversionis dicitur possidere, et ideo etiam ei datur interdictum, unde vi, et probat textus *in l. colonus 12.* in haec verba. *Colonus eum, cui locator fundum vendiderit, cum in possessionem ire jussus esset, non admisit: deinde colonus vi ab alio dejectus est, quaerebatur, quis eorum haberet interdictum. Unde vi. Dixi, nihil interesse, colonus dominum ingredi volentem prohibuisset, an emptorem, cui jussisset dominus tradi possessionem non admiserit, igitur interdictum, unde vi, colono competiturum, ipsumque simili interdicto locatori obstrictum fore; quem dejecisse tunc videtur, cum emptori possessionem non tradidit*. Et idem habetur *in l. cum fundum 18. ff. de vi, et vi armata* et loquitur de eodem casu.

Hoc idem comprobat *Antonius Perez ad lib. 8. codicis tit. 4. unde vi sub n. 5. vers. verum dicendum est*, in haec verba. *Verum dicendum est in dictis legibus, colonum non manere amplius, ut colonus in fundo, sed ut violentus possessor, sic ut non admittendo emptorem, non amplius alteri possidere, sed sibi videatur*; non obstante regula quod nemo mutet sibi causas possessionis, nam illa non obtinet, quando aliquid accidit, per quod videatur mutari possessio, uti hoc in casu per violentiam coloni repellentis emptorem, quem utique expellendo videtur possessionem sibi arrogare. Unde licet ipse teneatur domino interdicto, unde vi, quod emptorem ex voluntate ejus missum, intrare prohibuerit, nihilominus, si ab ipso emptore vicissim spolietur, habet contra eum simile interdictum. Supponamus modo non ipsum emptorem, sed eumdem locatorem vi colonum expulisse, eo in casu fatendum est, colonum non esse restituendum contra locatorem, quia conductor possidebat ab eodem locatore, in cujus concursu intrat supradicta illa dispositio *dict. l. 1. §. quod. ait praetor.* ubi possidens a suo adversario non venit manutenendus, vel restituendus juxta jus commune, sic mandans. Quare recte dixit Antonius Perez cum suis fundamentis spoliatum a domino, de cujus dominio notorie constat non esse restituendum, vel manutenendum.

Praeter quam quod dispositio *dictoc l. si quis in tantom. c.* 71
unde vi. ab aula recessit, saltem quo ad poenam, ut notat *Covarruvias variarum resol. lib. 3. cap. 16. sub num. 7. in versic. is praeterea*, in illis verbis. *Observandum tamen est harum legum et similium rigorem:* nempe *leg. si quis in tantam.* communis totius christiani orbis usu, et praxi antiquatam esse, et idem probat *Antonius Perez in dicto titulo, unde vi sub n. 30. in vers. porro*, in illis verbis quinimo hodie generaliter cessare videtur actio ex *dict. leg. 3. ad poenam ibi praescriptam*, sed is, qui vim fecit damna-
tor in id, quod interest adversarii, et extra ordinem puni- 72
tur pro delicti, vel facti qualitate, tradit *Sarmientus lib. 2. selectarum interpretationum. capite 13. n. 7.*

Nostram quoque conclusionem probat. *Ripa in leg. naturaliter. §. nihil commune. ff. de acquirend. vel omitt. poss. n. 70*, dicendo, nisi contra spoliatum opponantur exceptio notoriae proprietatis, facit, quia exceptio notoria nunquam censetur exclusa a lege, vel statuto, etiamsi dicatur, quod nulla possit opponi exceptio secundum. *Bald. in rubric. c. de*

probation. panormit. cons. 44. *in praesenti quaestione.*
lib. 1 *et Felin in cap. ex parte* 2. *in quinta fallent. de offic.*
delegat et auet formal. verba Ripae. *idem Ripa n.* 77. Nono
fallit (ait ips..) quando praesumptio juris est contra spolia-
tum, tunc talis praesumptio obstat spoliato, ne restituatur,
antequam sit cognitum de proprietate, quia propter juris
praesumptionem creditur spoliatum injuste occupasse posses-
sionem, intellige ergo quando praesumptio juris non solum
ostendit injustitiam possessionis ex parte spoliati, sed etiam
quando fundat, et justificat possessionem spoliatoris, haec
74 *Ripa loco supra citato*. Praesumptio autem juris in casu
nostro est contra colonum, qui conduxit bona, et titulus
conductionis, et locationis justificat possessionem spoliatoris:
quin idem spoliatus sua confessione confitetur locatorem do-
minum, prout in simili, et in puncto docet *Alexand. in d.*
§. nihil commune n. 27. dicendo fallit secundum *Bald.* hic
ubi per confessionem actori, vel per facti notorietatem appa-
ret judici, possessionem non debere restitui. *c. significasti*
de divort, et plures ab eis citat. sed clarius *Cancer. variar.*
resolut. cap. 18. *de except. sub. n.* 32. *prope finem.* in il-
lis verbis, quod si spoliatus confiteatur, adversarium domi-
num non esse restituendum. Ubi *dict. numer.* 32. versic.
Contrariam partem. ubi copiose plures adducit auctores
hanc nostram sententiam comprobantes. Idem probat. *per-*
sonal. de adipiscenda n. 380. *et sequent. ad* 385. *Gotie-*
rez Canonica, quaest. lib. 2. *cap.* 21. *n.* 74. *et sequent.*
75 Haec si actor colonus velit sustinere suam possessionem de-
bet eam colorare cum titulo aliquo adhoc ut restituatur ad
possessionem ei violenter arreptam; aliter, nec alio modo
textus extra dentes in *d. l. colonus supra extensus* in illis
verbis; *ipsumque simili interdicto locatori obstrictum: quem*
dejecisse tunc videtur, cum emptori possessionem non red-
didit: notentur sequentia verba, *nisi forte propter justam*,
76 *et probabilem causam id fecisset*. cum ut diximus, locator,
et conductor sunt inter se correlativa, *diximus cap.* 9. *quaest.*
51. n. 69. *lib.* 2. *de aquaeduct.* ut dispositum in uno, cen-
seatur quoque dispositum in altero *l. si cum dies §. penult.*
ff. de arbitr. l. veteres, ff. de action. empt. et vend. leg.
cum emptor ff. de rescind. vendit. Bart. Angelus, Jmou,
et dd. in l. fin. c. de indict. viduit. tolland. sed sic est,
quod colonus habens justitiam, et legitimam causam, atque
probabilem, potest illam opponere contra locatorem agentem
interdicto, unde vi, contra ipsum colonum, qui spoliavit
ejus locatorem mediante rejectione emptoris, sic probant il-
la verba, *igitur interdictum, unde vi, colono competiturum,*
ipsumque simili interdicto locatori obstrictum fore: quem
dejecisse tunc videtur, cum emptori possessionem non tra-
didit: nisi forte propter justam, et probabilem causam id
fecisset: ergo in interdicto, unde vi, admittitur exceptio no-
toria dominii multo magis, in interdicto, uti possidetis, er-
go quod licet conductori, idem debet licere, et locatori. Con-
ductor ergo potest opponere justam, et legitimam causam con-
tra locatorem, ergo et locator contra conductorem spoliatum,
et qui attente ponderavit hanc. *leg.* cum meo voto sine dubio
concurret; ergo jure fundatur sententia Antonii Perez, ut
supra, contra praedonem manifestum *opponi posse exceptio-*
nem notoriae proprietatis; quidquid dicant in contrarium
adversantes. Si ergo in interdicto, unde vi obstat exceptio
notorii dominii, multo magis obstabit in interdicto, uti pos-
sidetis, prout saepe saepius dictum est, hocque probat idem
Ant. Perez ad c. lib. 8. *tit.* 6. *n.* 20. ut supra.

Et redeundo ad casum, unde digressi sumus, nempe ad
77 interdictum, uti possidetis, restant modo adducenda, quae
includantur, aut veniant in interdicto, uti possidetis favore
78 ejus, qui illud intentat quatuor petere debet primum, ut ces-
set adversarius a turbatione. Secundum, ut ne in futurum
turbet. Tertium, ut hoc nomine satisdet. Quartum, ut illata
damna, et perceptos fructus restituat. haec omnia probant
Bartol. in leg. 1. *in principio. ff. uti possidet. Bart. et dd.*
in leg. unica vers. satisdationis. Cod. uti possidetis. Idem
Bart. in leg. si duo. §. fin. n. 1. *ff. uti possidet. cap. fin. in*
verbo, sufficienti cautione, de restitution. spoliat. Pract.
Papiens. in formo libelli pro turbat. poss. in verbo. ad ces-
79 *sandum n.* 1. *et sequent.* ubi diffuse qua ratione istud inter-
dictum dicitur duplex, quia uterque litigator sustinet, et
partes actoris, et rei. Textus ad literam *in leg. si duo.* 3.
§. hoc interdictum duplex est, et iis, quibus competit, et
actores, et rei sunt. ff. uti possidetis, et haec sufficiunt pro
interdicto, uti possidetis pro rebus corporalibus.
80 Modo restat agendum de interdicto uti possidetis pro juri-
bus incorporalibus, et per consequens, an hoc interdictum
detur etiam pro servitutibus.

Quod autem interdictum, uti possidetis, competat pro ser-
vitutibus, habemus textus in punctualibus terminis *prim.*
est in l. sicuti 8. *§. sed et interdict. ff. si servitus vindicetur.*
haec sunt verba. *Sed et interdictum, uti possidetis, poterit*
locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit suo uti. et
secundus textus est in *l. final. ff. uti et possidetis*, loquitur
in personalibus. *In summa puto dicendum, et inter fructua-*
rios hoc interdictum reddendum, et si alter usumfructum,
alter possessionem sibi defendat, et idem erit probandum,
etsi usufructus quis sibi defendat possessionem. Et ita Pom-
ponius scribit. Proinde etsi alter usum, alter sibi usumfru-
ctum tueatur, et his interdictum erit dandum. Tertius textus
est in *leg. quoties.* 20. *ff. de servitut.* in haec verba. *Quoties*
via, aut aliquod jus fundi emeretur, cavendum esse putat
Labeo per te non fieri, quo minus eo jure uti possim: quia
nulla ejusmodi juris vacua traditio esset. Ego puto usum
ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse. ideo-
que et interdicta veluti possessoria constituta sunt. Et per
text. in *leg. fin. ff. de aqua pluviali arcenda*, in haec verba.
Scaevola respondit tollere eo, qui juri dicendo praesunt,
tueri aquaeductus quibus auctoritatem vetustas daret, tam
etsi jus non probaretur. Et hoc idem probat gloss. in *dicta*
lege quoties in verbis veluti possessoria. Brunneman. *in l.*
unica. c. uti possidetis. Menoch. de retinendu, remed. 3. *n.*
103. *et sequentibus*, licet distinguat inter servitutes continuas, 81
et discontinuas, ut pro primis detur, pro secundis nequaquam,
quae distinctio est erronea, ut expresse probavimus *in quaest.*
8. *supra hoc eodem lib.* et non advertit Menoch. *leg. servitu-*
tem. 14. *ff. de servitutibus*, quae est petra scandali, et quam
male interpretantur dd. ex ea deducendo illam falsam distin-
ctionem continuarum, et discontinuarum servitutum, et non
advertunt, pro ut revera non advertit Menoch. dicendo servitu-
tes rusticas esse discontinuas, et non ponderando dictam: *leg.*
servitutes idem statuisse in servitutibus urbanis, quae omnes
sunt continuae, in illis verbis. *Idem est servandum in ser-*
vitutibus urbanorum praediorum. Si secundum adversantium
sensum, quia usus non est continuus, ideo servitus est discon-
tinua, haec est mala consequentia quia usus non trahit ad
se causam servitutis, quae tam in rusticis, quam in urba-
nis est perpetua, nam fundus respectu itineris, vel viae
etc. est causa perpetua itineris, paries est causa perpetua
tigni immissi. Stillicidium est causa perpetua ejusdem,
et sic discurrendo de omnibus servitutibus, aliud enim est
usus, aliud est causa servitutis, ideo ex uno male infer-
tur ad aliud. Haec obiter dicta sint. *Antonius Perez ob*
libro octavo. codice tit. 6. *uti possidetis n.* 11. *usque in fin.*
Licet non desint aliqui doctores affirmantes hoc interdictum,
uti possidetis, non dari pro servitutibus, inter quos adest 82
Vuesemb. ad libr. 43. *ff. tit.* 17. *uti possidetis, sub n.* 5.
litera D. in ea ratione fundatus, quia servitutes sua propria
habeant interdicta de itinere, actuque privato, de aqua quo-
tidiana, et aestiva, de rivis, de fontibus. Hoc quidem est ve-
rum, sed non est ablata facultas utendi interdicto, uti possi-
detis, imo quandoque esse necessarium, ut intentetur interdi-
ctum uti possidetis.

Habemus enim *§. si inter rivales in leg.* 1. *ff. de aqua*
quotidiana, et aestiva, cujus haec sunt verba. *Si inter riva-*
les, idest, qui per eumdem rivum aquam ducunt, sit con-
tentio de aquae usu, utroque suum esse contendente, duplex
interdictum utrique competit. Interdictum de aqua quotidia- 83
na, et aestiva eis non competit, quia uterque contendit de
quasi possessione, seu de usu aquae, contendendo usum ad
se spectare, idcirco interdictum hoc de aqua quotidiana, et
aestiva, habet locum, quando prohibetur ab aliquo tertio
aquam ducere uti anno praeterito, vel aestate praeterita du-
xit, in dicto autem §. contenditur de usu aquae inter ipsosmet
rivales qui sibi ad invicem non negant jus ducendi aquam,
sed tantum tempus utendi eadem aqua, non reperitur autem
interdictum de aqua quotidiana, et aestiva jure cautum, quod
hoc interdictum sit duplex prout reperitur interdictum, uti
possidetis, *leg. si duo.* 3. *§. hoc interdictum ff. uti posside-*
tis. contendunt enim de quasi possessione utriusque in usu
aquae, et ideo per necesse recurrendum est ad interdictum,
uti possidetis, in quo judex pronunciabit uti possidetis, ita
possideatis juxta formam praescriptam a praetore in dicta *lege*
prima, ff. uti possidetis; Et propterea unusquisque tenetur
probare, et sustinere actoris partes, et rei, pro ut explicat
Antonius Perez in c. uti possidetis. Brunneman. *ibidem*

Donellus Enucleaius capite trigesimo secundo, libro 14. *litera S. Hugo Donens ad leg. unicam cod. uti possidetis, n.* 2. et 3. Quod non importat interdictum de aqua quotidiana, et aestiva, licet dictus §. dicat, *duplex interdictum utrique competere* quam interpretationem non recepit. *Gloss. in dicto §. si inter rivales, in verbo duplex*, quae et ipsa dat plures interpretationes, quidquid dicat in contrarium. Albericus.

Est autem advertendum in materia horum interdictorum,
84 quae dantur pro servitutibus, nam in primis in interdicto, oti possidetis adsont haec verba. *Nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis*. Idem habetur in interdicto de itinere, actuqua privato *leg.* 1. in illis verbis. *Quo itinere, actuque privato, quo de agitur, vel vio, hoc onno, nec vi. nec clom, nec precario ab illo usus es, quo minus via utaris vim fieri veto*. Similiter in interdicto de aqua quotidiana, et aestiva in *lege prima, uti hoc anno oquam, qua de agitur, nec, vi, nec clam, nec precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas vim fieri veto*. Et idem habetur in interdicto de rivis, de fonte, si loquamur de rebus corporalibus; et immobilibus, si agatur de possessione, quia interdictum, uti possidetis, non competit si qui possidet vi, clam, vel pre-
85 cario. Investigandum est ad quem spectet onus probandi non precario possidere, vel ire, vel aquam ducere, vel rivum reficere, etc. si agatur de rebus immobilibus, quibus non resistit jus commune, vel praesumptio juris communis, onus erit accipientis, nempe rei probandi actorem possidere vi, vel clam, vel precario, quia illa possessio, seu quasi, non habet praesumptionem juris contra se, si vero agatur ne dum de interdicto uti possidetis, sed etiam de interdicto, de itinere, actuque privato, et caeteris aliis interdictis pro servitutibus competentibus, seu pro quasi possessione.

Tunc nostra sit conclusio, onus probandi non vi, non clam, non precario ingressum fuisse possessionem, vel quasi, spectare ad agentem, seu ad praetendentem, se esse in quasi possessione servitutis non vi, non clam, non precario, licet enim per triginta vices quis ierit per fundum alienum juxta §. *secundum in lege prima, ff. de itinere actuque privato*, vel si una die, vel una nocte tantum aquam duxerit, nihilominus actori non potest competere interdictum de itinere, actuque privato, vel uti possidetis, neque interdictum de aqua quotidiana, et aestiva, nisi probet se non vi, non clam, non precario coepisse possidere pro manutentione ejusdem possessionis, vel quasi; fundator enim haec nostra conclusio in illa regula, quamlibet rem liberam esse, nisi probetur serva. *leg. altius.* 8. *codice de servitutibus, et aqua.* cujus haec sunt verba *Altius quidem aedificia tollere, si domus servitutem non debeat, dominus ejus minime prohibetur. In pariete vero tuo si fenestram Julianus vi, vel clam fecisse convincetur; sumptibus suis opus tollere, et integrum parietem restituere compellitur*. Et ibi Brunneman. *Padilae n.* 1. et 2. *Salycet. Jason. in leg. quo minus* 179 *ff. de fluminibus, et leg. si prius nume. quadragesimo. ff. de oper. nov. nunciat. Mynsinger. centur.* 3. *observat.* 25. *Thesaur. decis. Pedemont.* 216. *Menoch. de Arbitrar. casu* 136. *et de praesumpt.* 89. *numero primo, Castill. de usufructu capite septimo, n.* 10. *Augustin. Barbos. de axiomat. jur. axiomat.* 137. *per textum in leg. flumina. §. ultim. ff. de damno infecto. etiam si adesset possessio servitutis Moscord. de probat. conclus.* 79. *et Thesaur. decis.* 216. at est doctrina indubitabilis, et ita jus commune resistit, vel saltem praesumptio juris contra praetendentem manuteneri in sua quasi praetensa possessione, nisi, vel doceat de titulo, vel de aliqua justa causa, per quam credere potuerit id, quod fecit. jure servitutis fecisse, ex qua postea inducetur bona fides, et excludetur mala, nempe. non vi, non clam, non precario
86 usum fuisse illa servitute, sed bona fide; non alio fundamento, nisi quia obstat juris praesumptio, quae tollit aliam praesumptionem, nempe bonam fidem praesumi, nisi aliud in contrarium probetur; haec enim destruitur per juris praesumptionem, seu per jus commune. Ita *Menoch. de retinend. remed.* 5. *numero vigesimo primo, et sequentibus ad* 28. *ubi sub numero vigesimo sexto*, habet haec verba. iste ergo asserens se acquisivisse quasi possessionem hanc itineris, et viae, bonam fidem probare debet; quoniam ei jus commune adversatur *ita Gulielm.* loquitur et haec bona fides probatur eo ipso, quod constat, ipsam quasi possessionem tempore, et actibus esse confirmatam: ita recte Dyn. actus autem hi prosunt; cum probatum est, hunc suo jure uti, credendo jure fecisse, ex quo illa probabilis credulitas probatur per aliquam justam causam, ut supra explicatum est, intervenisse, ita recta eum Bartol. *Caepol.* et quae supra explicavit *numero decimo octavo*, haec autem quae sequuntur sunt requisita ad probandam bonam fidem pro exclusione illorum verborum, nec vi, nec clam, nec precario.

Primo, quod iste aliquo jure vel ratione motus fuerit, ad 8
credendum sibi servitutem competere *lege prima, §. caput aquae versicul. sed et si jure ff. de aqua quotidiana, et aestiv.* dicend *sed et si jure aqua non debetur alicui, si tamen jure ducere se putavit; cum non in jure, sed in facto erraverit, dicendum est eoque jure utimur, ut interdicto hoc uti possit. Sufficit enim si jure se ducere putavit nec vi, nec clam, nec precario duxit*. at idem *in §. Aristo putat eadem leg.* in haec verba. *Aristo putat, cum demum interdictum hoc habere, qui se putat suo jure uti, non eum, qui scit, nullum se jus habere, et utitur*, igitur ad fundandam hanc credulitatem, debet aliquid probare, (ut ait *Menochius loco citato,*) ut puta, quod a fide dignis reperit, servitutem sibi deberi, vel quod facta erat in Vicinia, vel quod ibi erant aliqua signa viae, vel itineris, vel quid simile, quibus probabiliter adduci potuit ad ita credendum. haec *Menoch. dicto num. decimo octavo, et nos diximus tom* 4. *quaest.* 4. *num.* 28. *ad* 29.

Sed ut fortius nostra conclusio firmetur, non esse dandum
mandatum de manutenendo ei, qui habet manifestam prae- 88
sumptionem contra se, seu jus commune resistit per textum *in dicto capite ad decimas supra extensas hac eadem quaest. in versic. addo textum*. quia canonici diu fuerant in quasi possessione exigendi decimas in aliena parochia, attamen clericus illius parochiae, ex qua canonici decimas exigebant, eos spoliavit: fuit denegatum mandatum manutenendi, imo interdictum, unde vi, quia spoliatis fuit denegatum, nam cum manifestum esset eis tale jus exigendi non potuisse competere, nisi docuissent de concessione; vel saltem de immemorabili, vel de aliquo titulo; eo quod ab aliena parochia exigerent; ita, et in nostro casu, neque agenti interdicto, uti possidetis, vel de itinere, actuque privato, neque de aqua quotidiana aestiva, dandum est mandatum de manutenendo, nisi doceat de titulo, vel de aliqua causa probabili, habili ad fundandam suam credulitatem, cum agatur de imponenda servitute super re aliena, quae de sui natura est libera.

Imo amplius addo, quod non subjunxit Menoc. ad fundan-
dam illam credulitatem, requiritur scientia domini praedii 89
debentis servire juxta dispositionem *l. si aquam* 2 *c. de servitut. et aqua*. dicentis. *Si aquam per possessionem Martialis, eo sciente, duxisti, etc.* data ergo scientia domini serviențis, junctis quae superius dicta sunt, utique dandum erit mandatum de manutenendo in sua quasi possessione; de qua scientia copiose ibi scribit. *Augustin. Barbos.* et ad eum me remitto; ideo attenta dispositione *d. c. ad decimas de restit. spoli in* 6. fatendum est nostram conclusionem optimo jure esse fulcitam, maxime quia Summus Pontifex loquitur generaliter. ut indicant verba illa; *quia eas occupasse injuste verisimiliter praesumuntur, cum proveniant ex praediis infra alienam parochiam constitutis. Sitque manifestum, nisi aliud ostendatur, eas de jure communi ad eamdem ecclesiam pertinere*. Ita et in casu nostro dominans praetendens servitutem, vel quasi in fundo alieno habet contra se praesumptionem juris, quia in alieno fundo vult imponere onus, cum quaelibet res semper praesumatur libera; est enim manifestum servitutem in alieno fundo constitui; dominus enim fundi habet jus commune pro se, et proinde praesumptio est contra dominantem, qui in alieno fundo praetendit servitutem; ideo tenetur probare praetendens servitutem bonam fidem, quia praesumitur mala fides, nisi probetur contrarium,
at cum mala fide non currit praescriptio *c.* 1. *de praescr. in* 90
6. *et c. ult. de praescript.* ex quibus juribus manifeste apparet ratio praesumptionis juris favore domini fundi, quae facit praesumere malam fidem contra praetensorem. Ita etiam concludit *Padilla in l. si quas actiones: c. de servit. et aqua sub n.* 24. *et* 37. *Idem probat Riccius in suis collect.* 606. *super l. altius c. de servit. et aqua.*

Verumtamen contra propositionem dicti textus *in cap. ad decimas* videtur obstare textus *in cap. cum ecclesia sutrina* 3. *de causa possessionis, et proprietatis vers. non igitur et text. in c. licet episcopus* 28. *de praebendis in* 6. *et text. in c. constitut.* 8. *de filiis presbyterorum*. Quibus omnibus adaequate respondit *August. Barbos. in eod. cap. ad decimas a n.* 4. *usque ad* 13. Et quia ejus responsiones valde quadrant, atque mihi placent, ideo pro illarum resolutione

me remitto ad *eumdem August. Barbos.* ne aliena scripta transcribere videar. Et haec sufficiant pro tractatu de servitutibus in genere: praeterquam quod quando agemus de singulis servitutibus in specie nonnulla etiam dicemus de interdictis, quae competunt pro servitutibus de itinere, actuque privato, et via, et de aliis interdictis.

CAPUT SECUNDUM

De servitutibus personalibus in particulari scilicet, de usufructu.

SUMMARIUM.

1. Ususfructus est jus utendi, fruendi rebus alienis salva rerum substantia, cujus definitionis verba hic adamussim explicantur.
2. Ususfructus duplex est, causalis, et formalis, et quid sit ususfructus causalis.
3. Res sua sibi servire nequit.
4. Socius in re communi, altero invito, nihil facere potest, neque prohibere.
5. Ususfructus sine usu esse non potest.
6. Legatum ususfructus sine usu est inutile.
7. Ususfructus et fructus unus, et eadem res sunt.
8. Usus inest fructui.
9. Usui deest fructus.
10. Usufructu legato, si adimatur fructus, legatum est inutile, et totum legatum censetur ademptum.
11. Leg. per servorum. §. denique. ff. de usu, et habitat. et leg. huic 5. §. sed etsi usus, de usu et habitat. ad invicem concordantur, quae inter se pugnare videntur, per Cujac.
12. Verba definitionis ususfructus, salva rerum substantia, quomodo sint intelligenda, hic explicantur.
13. Ususfructus diruto aedificio expirat, et licet remaneat area, tamen non remanet ususfructus.
14. Ususfructus mutatione rei perit.
15. Ususfructus, licet restituantur aedificia, et reficiantur, seu renoventur, non reviviscit, etiam si ex eadem materia sint restituta.
16. Ususfructus proprie non est earum rerum, quae usu consumuntur, sed improprie.
17. Usufructuarius tenetur uti usufructu juxta arbitrium boni viri, seu quomodo uteretur bonus Paterfamilias, seu tenetur facere ea, quae facturus esset in re propria, nempe non facturum deteriorem proprietatem.
18. Usufructuarius duas cautiones tenetur praestare, primam de utendo, fruendo arbitrio boni viri, et de restituendo, finito usufructu, quod supererit.
19. Usufructuarius etiam improprius tenetur praestare cautionem de restituendo, quod extiterit, scilicet in rebus mobilibus.
20. Testator non potest remittere cautionem usufructuario in suo testamento.
21. Ususfructus formalis non dicitur pars dominii.
22. Ususfructus causalis est, qui proprietati cohaeret, et dicitur pars dominii.
23. Actor succumbens in proprietate dicitur etiam succumbere in usufructu causali.
24. Exceptio sententiae in proprietate obstat etiam usufructui causali.
25. Actor agens confessoria pro usufructu formali, si in ea succumbat, et interim acquirat dominium talis proprietatis, potest agere pro usufructu causali.
26. Ususfructus formalis, et causalis an detur, et in jure admittatur talis distinctio remissive.
27. Ususfructus alius est conventionalis, alius legalis, et an haec distinctio admittatur, remissive.
28. Ususfructus conventionalis quid sit.
29. Ususfructus legalis quid sit.

Postquam enucleavimus, quaestiones, quae spectant ad materiam generalem omnium servitutum superest agendum de illis in specie, et primo de servitute personali ususfructus, afferemus ejus definitionem, et nonnullas quaestiones, quae nobis demonstrabunt essentiam hujus servitutis, et quae sunt ad eam magis necessariae. Caeterum, si quis materiam hanc plenarie discussam desideret, adest eruditissimum, et doctissimum virum *Joh. Castill. Sottomayor in libro* 1., *seu tomo* 1., qui pleno calamo de usufructu scripsit, et ad eum me remitto. Incipiamus ergo a definitione, quam tradit Paulus juris-consul. *in lege prima*, *ff. eodem tit. et Justin.* in §. 1. *hoc eodem titulo.*

1 *Ususfructus est jus utendi, fruendi rebus alienis salva rerum substantia.* Dicitur ergo, *alienis rebus*, nam, qui proprietatem habet, utendi, fruendi jus separatum non habet: hinc deducitur divisio ususfructus, nempe, alius est
2 ususfructus causalis, alius formalis. Causalis ita nuncupatur ab eo, qui habet proprietatem, habet quoque usumfructum ab ea causatum, nam unusquisque dominus rei suae habet etiam illius usumfructum, qui non est separatus a proprietate. Nam, et dominus utitur, et fruitur re sua, non dicitur autem separatus a proprietate, quia eo in casu res sua sibi serviret, quod est absurdum, et contra juris dispositionem, qua cavetur, rem suam sibi non servire, quod sequeretur si dominus solum haberet usumfructum formalem, ut infra dicemus; et quod fundus domino suo servire nequeat, probat
textus *in leg. uti. frui. 5. ff. si ususfructus petatur* in haec 3
verba. *Uti frui jus sibi esse, is solus potest intendere, qui habet usumfructum; dominus autem fundi non potest: quia qui habet proprietatem, utendi fruendi jus separatum non habet; nec enim potest ei suus fundus servire, de suo enim non de alieno jure quemquam agere oportet* et textus *in l.*
in re communi ff. de servitutib. urbanorum praediorum, 4
dicens. *In re communi nemo dominorum jure servitutis, neque facere quidquam invito altero potest, neque prohibere, quo minus alter faciat, nulli enim res sua servit.*

Dicitur, *utendi, fruendi*, haec enim duo ita inter se con- 5
junguntur, ut nequeant ad invicem separari, nam fructus sine usu esse non potest, ita ut si legetur fructus usu deducto
nihil fit, et inutile est legatum. Textus ad literam *in l. per* 6
servum 14. §. *usufructus*, *ff. de usu et habitat.* in haec verba. *Ususfructus. an fructus legetur, nihil interest: nam* 7
fructus, et usui inest: usui fructus deest. et fructus qui- 8
dem sine usu esse non potest: usus sine fructu potest. 9

Denique si tibi fructus, deducto usu, legatus est. inuti-
le esset legatum, Pompon. lib. 5. ad Sabinum scribit. Et 10
si forte usufructu legato fructus adimatur, totum videri ademptum scribit.

Igitur ususfructus sine usu, et usufructum sine fructu legato, certum est, esse non posse, et legatum erit inutile, quia de essentia ususfructus est usus, fructus vero non est de essentia usus, hoc inquam regulariter verum est, sed non semper, quia quandoque contingere potest, ut fructus sine usu esse possit, *leg. huic 5.* §. *sed et si usus sine fructu legatus erit, adempta fructus causa, satisdare jubet praetor. Hoc merito, ut de solo usu non etiam de fructu caveatur. Ergo et si fructus sine usu obtigerit, stipulatio locum habebit.* Et ex *leg. sed si de fructu. decimo quinto,* §. *poterit autem ff. de usu, et habitatione*, in haec verba. *Poterit autem apud alium esse usus, apud alium fructus sine usu, apud alium proprietas, veluti si is, qui habet fundum legaverit Titio usum, mox haeres ejus tibi fructum legaverit, et alio modo constituerit.* Verum quia hoc inducere videtur quamdam contrarietatem, nam textus *in l. per servorum*, §. *denique. ff de usu, et habitation.* sit, *si legetur fructus deducto usu legatum est inutile*, ut supra, et textus *in dicto* §. *sed et si usus, ut supra* habetur lega-
tum fructus sine usu esse validum. Nam *Cujacius libro* 5., 11
capite 9., *observation. sub lit. C.* habet haec verba. *Haec non sunt contraria. Reguloriter non est fructus sine usu. Accidit tamen interdum, ut sit sine usu, quod explicat dictus* §. *poterit, ut supra extensus, hac specie proposita, testator ab haerede sibi nudum usum fundi legavit, haeres ejusdem fundi fructum Titio constituit, et cessit. non potuit in Titium transferre usum, qui tibi in solidum legatus est. Sic igitur fiet, ut haeres fundino habeat nudam proprietatem, sed nudum usum Titius nudum fructum sine usu. Itaque non poterit Titius in eo fundo habitare, et a te prohibetur illo venire, nisi veniat fructuum causa, haec*
Cujacius. Ultima verba, *salva rerum substantia*, aliqui ex- 12
ponunt hoc modo, quia *ususfructus est jus in corpore, quo sublato, et ipsum tolli necesse est*, ita probat *Justinian in dict.* §. 1. *de usufruct. et Celsus in leg.* 2. *ff. de usufruct.* et illa sunt verba textus, si enim ususfructus est in servo, vel in aedificio, mortuo servo, vel diruto aedificio, vel domo,
ususfructus expirat, et in tantum expirat, ut neque ususfru- 13
ctus areae debeatur. *leg. repeti. 5.* §. *rei mutatione. ff. quib.*
mod. ususfruct. amitt. haec sunt verba. *Rei mutatione in-* 14
terire usumfructum placet, veluti ususfructus aedium tibi legatus est, aedes corruerunt. vel exustae sunt: sine dubio extinguitur ususfructus, an et areae? certissimum est, exustis aedibus, nec areae, nec caementorum usumfructum deberi. Quinimo, etiam si aedes restitutae sint, non debetur amplius ususfructus. *leg. quid tamen. centesimo quinto,*

§ *in navis ff. eodem tit.* in illis verbis. *Nam et si domus diruta fuerit et ex eisdem caementis, tignisque fuerit restituto, ususfruetus extinguitur.* Sed haec ratio non qoadrat, quia est divinativa; suot enim alii modi amittendi usumfructum, licet corpus, in quo fundatur ususfructus non sit sublatum, ut tradit Justinianus *in §. fin. Instit. de usufruct.* Alii dicunt illa verba. *salva rerum substantia*, adjuncta fuisse ad demonstrandum usumfructum proprie esse earum
16 rerum, quae usu non consumuntur, veluti aedium fundi, et caeterorum. Enim vero earum rerum, quae usu consumuntur proprie non est ususfructus. *lege secunda*, *cum §. nec naturalis. ff. de usufructu* earum rerum, quae usu consumuntur, in illis verbis. *Quo senatus consulto, non id effectum est, ut pecuniae ususfructus proprias esset.* Sequitur §. *nec enim naturalis ratio auctoritate senatus consulti mutari potuit, sed remedio introducto eoepit quasi ususfructus haberi.*

Quare illa verba. *Salva rerum substantia* sunt prohibitiva: enim vero usufructuarius non potest uti rebus alienis aliter, quam quomodo bonus paterfamilias uteretur, et frueretur. Et ideo ob haec causam compellitur usufructuarius
17 eautionem praestare, se boni viri arbitratu usurum, et fruiturum, hoc est, se non facturum deteriorem causam ususfr. nempe proprietatem, sed caetera facturum, quae facturus esset in re propria, ad formam textus *in leg. prima, ff. usufructuarius quemadmodum caveatur*, cujus haec sunt verba.
18 *Si eujus rei ususfructus legatus sit, aequissimum praetori visum est, de utroque legatarium cavere, et usurum se boni viri arbitratu. et eum ususfructus ad eum pertinere de-*
19 *sinet restituturum, quod inde extabit. Haec stipulatio, sive mobilis sit res, sive solii, interponi debet, et haec cautio usufructuaria, dicitur stipulatio usufructuaria. lege quarta, §. si is qui.* in illis verbis. *Idemque est in stipulatione quoque fructuaria. ff. de verborum obligationibus*, quae cautio per testamentum remitti non potest. *l. scire debetis. 7. cod. ut in possessione legatorum*, etc. in illis verbis. *Ut autem boni viri arbitratu is, cui ususfructus relictus est utatur, fruatur, minime satisdationem remitti testamento*
20 *posse;* rationem reddit *gloss. in d. verbo posse*, quia prima satisdatio, de qua in dicta lege scilicet respectu fideicommissi praestatur gratia defuncti, et ideo renunciare potest, secunda vero gratia haeredis, cui renunciare non potest, ne inventetur ad delinquendum.

Diximus supra, quod duplex est ususfructus. Alius est for-
21 malis, et hie dicitur servitus personalis, et non dicitur pars dominii. Probat textus *in leg. recte vigesima quinta, ff. de verbor. significatione* in haec verba. *Recte dicimus eum fundum nostrum esse, etiam cujus ususfructus alienus est: quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via, et iter.* et per textus *in leg. Mevius. 78. §. fundo legato. ff. de legatis secundo.* ibi. *Fundo legato, si ususfructus alienus sit, nihilominus ab haerede petendus est. Ususfructus enim etsi in jure, non in parte consistat, emolumentum tamen*
22 *rei continet*, et *per text. in leg. si a reo. §. si reo. ff. de fidejussor.* Ususfructus vero causalis dicitur ille, qui proprietati cohaeret. *leg. si ita stipulatus fuero.* 126. *§. 1. ff. de verbor. obligation. leg. si cum argentum §. penultim. ff. de exceptione rei judic.* et dicitur iste ususfructus pars dominii *lege quarta ff. de usufr. leg. qui usumfructum. ff. de verbor. obligatio. leg. si Titio fundus. ff. de usu, et usufr. legat* hancque distinctionem probant doctores citati per *Castill. de usufr. capite primo, et numero primo, et sequentib.* ad quem me remitto, qui pleno calamo de hoc scribit.

Et ne putes hanc distinctionem contemnendam esse, reputando eam potius distinctionem nominis, non rei, quia non me piget referre difficultatem, quae circa eam contingere potest pro causarum decisione. nam *ex l. si eum testamento* 21, *§. si fundum meum. ff. de except. rei judic.* habetur, quod ubi quis actione reali contra Titium, petendo certum fundum, quem suum affirmabat, succubuit in judicio, postea petere voluit usumfructum causalem, quaerebatur, an succumbenti in proprietate obstaret exceptio rei judicatae in petitione ususfructus causalis, et respondetur affirmative, quia
23 ususfructus causalis est conjunctus cum proprietate, in ea autem per sententiam succubuit, ergo exceptio causalis usufru-
24 ctui obstat, uti conjuncto cum proprietate, ita decernit Julianus *in dicto §. si eum fundum.* cujus haec sunt verba. *Si fundum meum esse petiero, deinde postea usumfructum ejusdem fundi petam, quin ex illa, causa ex qua fundus meus erat, meus sit: exceptio mihi obstabit quia qui fundum habet, usumfructum suum vindicare non potest.* et ita illum textum explicat ibi gloss. in verbo, *usumfructum*, sibi ut causalem, ait gloss. et est bona ratio; nam qua ratione obstat in fundo: eadem in usufructu causali, secus vero in formali, et ita omnes interpretes ad *d. §. si fundum.*

Si vero a te petii usumfructum formalem actione confesso- 25
ria, affirmando meum esse usumfructum, mihique deberi, si in ea succubui, ex post proprietatem, in qua supponebam mihi deberi usumfructum formalem, acquisivi, quia illam emi a vero domino, qua in casu: eum tu detineas fundum, quem emi a vero domino. et non permittis me frui re mea, quam emi; peto a te usumfructum causalem per actionem negatoriam, modo quaeritur, an mihi obstet exceptio rei judicatae in usufructu formali? Respondet idem juris-consult. negative, ea ratione, quia sententia illa lata fuit in usufructu formali, qui periit, statim cum res illa mea facta sit, etiam si aliquod jus habuissem; ergo jam ex nova causa, ita explicat *Castill. loco citato sub numero decimo tertio*, novum usumfructum peto, nempe causalem, ideo clare, et exprese probatur ex eo textu communis sententia, de usufructu formali, et causali, ita ut nullo modo cavillari possit. Julianus in *dicto §. fundum*; juncto versic. *sed si usumfructum*, *ejusdem §. 1.* in haec verba. *Sed si usumfructum, cum meus esset, vindicavi, deinde proprietatem nactus, iterum de usufructu experiar, potest dici alia res esse: quoniam postquam nactus sum proprietatem fundi, desinit meus esse prior ususfructus, et jure proprietatis, quasi ex nova causa rursus meus esse coepit.* et clarius *Castill. dicto capite primo, de usufruct. a numero decimo tertio, usque ad n.* 17.
licet haec distinctio ususfructus formalis, et causalis sit val- 26
de controversa inter doctores, pro qua duae sunt opiniones, prima affirmativa, secunda negativa, pro qua validiora argumenta deducuntur, quae omnia adducit *Castillus de usufructu. dicto capite 1. a n. 16. usque ad n. 24 et a n. 24 usque in finem.* Ibi adducit argumenta pro negativa sententia et tandem illam impugnat et respondet ad argumenta, et ad textus in contrarium adductos adaequate illos concordando, et adaequando nostrae distinctioni, ut apud eum videri poterit.

Rursus ususfructus alius est conventionalis, alius legalis, 27
ut notat *Florian. de S. Petro in rubrica ff. de usufructu*, et quemadmodum quis utatur *numero quarto*, licet *n.* 6. dicat usumfructum alium esse juris, alium facti: attamen haec divisio non placet, et a doctoribus impugnatur, nec textus ab eo allegati ad probandam suam divisionem probant suam intentionem, ut notat *Castillus de usufructu capite secundo, sub n. 4. et sequentibus.* Et in versic. *verum* reprehendit Florianum unum tantum esse usumfructum, et hunc juris, cum hac tamen differentia inter usumfructum legalem, et conventionalem; in conventionali intrat factum hominis, quia constituitur a jure certis modis inter vivos, et in ultima voluntate, facto semper hominis interveniente, ad illius constitutionem necessario. Ususfructus vero legalis sola legis dispositione, et voluntate, et sine ullo facto hominis inducitur. Igitur.

Ususfructus conventionalis est ille, qui initium sumit ex 28
dispositione hominis et constitutione facta inter vivos, vel in ultima voluntate, a jure tamen ipso originem et constitutionem trahit. Quando enim dominus alicujus fundi, cujus habet dominium, sibi, vel haeredi retinet nudam proprietatem, et usumfrutcum illius alteri concedit, vel legat. *lege tertia, cum aliis legibus sequentibus, et §. 1. instit. tit. de usufructu.*

Legalis vero ususfructus ille est, qui ex juris potestate, 29
et constitutione, seu dispositione inducitur absque aliquo hominis facto, et dispositione, sed ipso jure, et ex legis ministerio inducitur, exemplum esse potest in marito, uxore defuncta, liberis existentibus, qui acquirit usumfructum dotis maternae, reservata proprietate liberis; idem dicendum est de uxore, pro ut latius explicat *Castillus loco citato a numero octavo, usque ad* 27. Ubi circa hunc usumfructum juris seu legalem, quamplures facit quaestiones, quae sunt extra nostrum institutum, in quo solummodo intendimus tractare de iis, quae mere pertinent ad servitutem ususfructus, et ideo Castillus tractat de alio usufructu legali, quem habet pater in bonis adventitiis filii *capite tertio, eodem tractatu.*

QUAESTIO I.

Quibus, seu quot modis constituatur servitus ususfructus.

SUMMARIUM

1. Ususfructus quatuor modis constituitur et qui sint.
2. Ususfructus lege constitutus ille est, qui patri debetur in bonis adventitiis filii.
3. Ususfructus constituitur etiam per judicem in judicio familiae erciscundae, communi dividundo, videlicet, adjudicando uni proprietatem, alteri usumfructum.
4. Ususfructus constituitur per testamentum, et quomodo,
5. Ususfructus constituitur etiam per contractum, et quomodo.
6. Ususfructus an per fideicommissum possit constitui.
7. Fideicommissa non sunt juris, nec dominium transferunt, sed possessionem tantum, et tunc quis teneatur cavere.

1 Conclusio nostra est: quatuor modis ususfructus servitutem constitui. Primo a lege, secundo a judice, tertio a testatore, quarto a contrahentibus. A lege constituitur patri ususfructus in bonis adventitiis filii per tertium *in l. cum oportet* 6. *codice de bonis quae liberis.* cujus haec sunt verba.

2 *Cum oportet similem providentiam tam patribus, quam liberis deferri: invenimus autem in veteris juris observatione, multas esse res, quae extrinsecus ad filiosfamilias veniunt, et minime patribus acquirantur: quemadmodum in maternis bonis. vel quae ex mari tali lucro ad eos perveniant, ita et in iis. quae ex aliis causis filiis familias acquiruntur, certam introducimus definitionem. Si quis itaque filiusfamilias, vel patri sui, vel avi, vel proavi in potestate constitutus, aliquid sibi acquisiverit, non est ejus substantia. cujus in potestate constitutus sit, sed ab aliis quibuscumque causis, quae ex liberalitate fortunae, vel laboribus suis ad eum perveniant, eas suis parentibus non in plenum (sicut antea fuerat sancitum) sed usque ad usumfructum solum acquiret: et eorum ususfructus quidem apud patrem, vel avum. vel proavum. quorum in sacris sit constitutus permaneat: dominium autem filiisfamilias inhaereat, ad exemplum tam maternarum, quam ex nuptialibus causis filiis familias acquisitarum rerum, sic etenim, et parenti nihil derogabitur usumfructum rerum possidenti: et filii non lugebunt. qua ex suis laboribus sibi possessa sunt ad alios transferenda aspicientes, vel ad extraneos, vel ad fratres suos, quod etiam gravius multis esse videtur: exceptis castrensibus peculiis. quorum nec usumfructum patrem, vel avum, vel proavum habere veteres leges concedunt. in his enim nihil innovamus, sed vetera jura intacta servamus: eadem observando etiam in iis peculiis, quae quasi castrensia peculia ad instar castrensia peculia accesserunt.*

3 Per judicem constituitur ususfructus in judicio familiae erciscundae, et communi dividundo, quando proprietas uni, et alteri ususfructus adjudicatur. *leg. et puto.* 16. ᶳ. *Julianus. ff. familiae erciscundae* haec sunt verba. *Julianus ait: si alii fundum, alii usumfructum fundi judex adjudicaverit non communicari usumfructum. et test. in l. si quis putans* 6. ᶳ. *officio ff. communi dividundo*, in haec verba. *Officio judicis etiam talis adjudicatio fieri potest, ut alteri fundum, alteri usumfructum adjudicet. Et text. in l. usu-*
4 *fructus* 6. *ff. de usufructu*, in illis verbis. *Constituitur ad haec ususfructus, et in judicio familiae erciscundae, et communi dividundo, si judex alii proprietatem adjudicaverit alii usumfructum.*

5 Testamento autem constituitur ususfructus, quando testator fundum, cujus est dominus relinquit haeredi: et usumfructum ejusdem fundi alteri. *d. l.* 6. *ff. de usufructu.* in illis verbis. *Sed et proprietas. deducto usufructu, legari potest, ut apud haeredem maneat ususfructus.* Et Clarius, *in* ᶳ. *ususfructus. Institutionum tit. de usufructu.* haec sunt verba. *Ususfructus a proprietate separationem recipit: idque pluribus modis accidit; ut esset si quis usumfructum alicui legaverit, nam haeres nudam habet proprietatem, legatarius vero usumfructum. Et e contra, si fundum legaverit, deducto usufructu, legatarius nudam habet proprietatem: haeres vero usumfructum.*

Per contrahentes autem constituitur ususfructus pactionibus. et stipulationibus, ᶳ. *sine testamento. Institut. de usufructu.* in haec verba. *Sine testamento vero, si quis velit usumfructum alii constituere, pactionibus, et stipulationibus id efficere debet, et l.* 3. ᶳ. *et si de testamento ff. de usufructu.*

Verumtamen videnda est alia quaestio, an jure fideicom- 6
missi constituatur ususfructus; respondet *Cujacius ad lib.* 8. *ff. titul.* 2. *de servitut. ad l. via.* 5. ipso jure non constitui, 7
ea ratione, quia fideicommissa non sunt juris, nec dominium transferunt, sed possessionem tantum, *notat* idem *Cujacius loco sup. cit.* quem confirmat *Castill. de usufruct. cap.* 10. *sub n.* 5. *per textum in l. qui usumfructum* 3. *ff. si ususfructus petat.* in illis verbis, *est enim absurdum, plus juris habere eos, qui possessionem dumtaxat ususfructus, non etiam dominium, adepti sunt*, ideo, nisi per praetorem in fideicommisso venit constituendus ususfructus, exemplum habemus *in d. l. qui usumfructum.* 3. *ff. si ususfructus petat. et Clarius in l. si ususfructus*, 9. *usufruct. quem adm. cavet.* haec sunt verba. *Si ususfructus mihi legatus sit, eumque restituere sim Titio rogatus, videndum est, quis debeat cavere: utrum Titius, an ego, qui legatarius sum, An illud dicemus, mecum haeredem acturum, ut caveam? et cum fideicommissario me agere debere? Et est expeditius hoc dicere, si mihi spes aliqua durat ususfructus. Et cum amiseris, potest ad me redire. hoc est ad legatarium, ita rem expediri, ut tu mihi, ego domino proprietatis caveam. Quod si fideicommissarii causa ususfructus mihi relictus est, nec est ulla spes ad me revertendi ususfructus, recta via fideicommissarium cavere oportet domino proprietatis.* Clarius *ex l. si quis usumfructum.* 29. *ff. de usufructu legato.* in haec verba. *Si quis usumfructum legatum sibi, alii restituere rogatus sit, eumque in fundum induxerit. fruendi causa: licet jure civili morte, et capitis diminutione ex persona legatarii pereat ususfructus, qui huic ipso jure acquisitus est: tamen praetor ex jurisdictione sua id agere debet. ut idem servetur, quod futurum esset, si ei, cui ex fideicommisso restitutus esset, legati jure acquisitus fuisset*, et ita constat, quomodo ususfructus per fideicommissum possit constitui, ut dicatur ususfructus fideicommissarius.

QUAESTIO II.

An servitus, sive ususfructus, sive alterius, veluti viae, actus, et itineris nudo pacto possit constitui.

SUMMARIUM.

1. Servitus quaelibet an pacto nudo possit constitui.
2. Pactum est verbum generale aptum comprehendere quodcumque pactum.
3. Praetor pollicetur, se pacta servaturum, quae non sunt contra leges, et vel contra bonos mores.
4. Servitus quaelibet potest nudo pacto constitui gratuito. et ex eo agi, nedum contra promittentem, sed etiam contra ejus haeredes.
5. Donatio nudo pacto fieri potest, et conditione ex lege agi potest ad traditionem.
6. Promissio de donando, an habeat idem privilegium quod donatio facta per pactum nudum.
7. Servitus constituitur etiam pacto titulo oneroso, et promissor cogi potest ad pactum adimplendum, etiam contra suos haeredes actione personali.
8. Servitus annumeratur inter contractus, qui solo consensu contrahuntur, absque aliqua traditione.
9. Contractus qui solo consensu contrahuntur obligationem efficacem producunt ad agendum, licet nihil traditum sit, obligatio nihilominus oritur efficax ad agendum.
10. Contractus, qui solo consensu contrahuntur, inter absentes contrahi possunt, veluti per epistulam.
11. Promissione de vendendo exoritur obligatio efficax ad agendum actione personali contra promittentem.
12. Promissio de vendendo differt ab ipsamet venditione quia in promissione deducitur solum factum, ratione cujus promissor non potest cogi rem tradere, sed tenetur tantum ad interesse, etiam si habeat facultatem tradendi.
13. Scientia, et patientia domini praedii servientis, sufficiunt ad constituendam servitutem.
14. Usus est loco traditionis in materia servitutum.
15. Dominium rivi, vel viae, vel actus, vel itineris non est dominantis, sed servientis.
19. Actio nascitur ex pacto nudo secundum Justinianum in §. fin. Instit. de servitut.
17. Indefinita aequipollet universali.
18. Servitus ne luminibus officiatur includit etiam futura lumina.
19. Legatum factum a testatore per haec verba: quantum haeres meus habebit, tantum Sticho dari volo, includit omnes haeredes.
20. Verba, haeres meus, verificantur etiam si plures sint gradus haeredum.
21. Pactum nudum non parit actionem, regulariter loquendo, secus quando lex illi assistit.
22. Conventio illa dicitur legitima, quae aliqua lege confirmatur.
23. Verba geminata faciunt includere ea, quae alias non includerentur.
24. Expositio glo. in verbo *pactionibus*, idest stipulationibus, reprobatur a Castillo.

25. Copula, et, natura sua inter diversa ponitur.
26. Verbum *pactionibus* secundum Iduinm, n. 13. intelligitur de pactis in contractibus ejus adjunctis incontinenti, sed contra n. 27.
27. Lex generaliter loquens omnia includit pacta, et ubi non distinguit, neque nos distinguere debemus reprobata interpretatione Castilli, ut supra numero 26.
28. Pignus solo consensu contrahitur de jure praetorio.
29. Pactum nundum legis auxilio vestitur.
30. Pacta nuda sunt contractus innominati.
31. Stipulatio est contractus nominatus.
32. Substitutiones in compendiosa contentae dicuntur expressae in genere.
33. Promissio servitutis, et illius constitutio realis differunt inter se, nam ex promissione oritur actio personalis, ex constitutione reali actio confessoria.
34. Usus servitutis stat loco quasi traditionis.
35. Emptor licet rem emerit, tamen donec ei non tradatur, nunquam competet ei actio realis, sed tantum personalis, veluti si duobus rem suam vendidisset.
36. Venditor, qui rem duobus vendiderat, praestando interesse liberatur.
37. Permutatio, nisi fuerit perfecta, scilicet intercedente rei traditione nullam producit actionem, nisi intercedat stipulatio
38. Verbum *promitto*, in scriptura contentum inducit stipulationem.
39. Verbum *fidejussisse*, importat omnes solemnitates necessarias ad fidejubendum.
40. Instrumenti appellatione, an veniant scripturae privatae, ubi cum distinctione resolvitur quaestio.

1 Quia Justinianus *in §. fin. de servitutib. rustic. et urban. praedior.* ait. *Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus, atque stipulationibus id efficere debet*, ideo hac arrepta occasione proponitur praesens quaestio, an illud verbum *pactionibus* comprehendat etiam pactum *nudum*.

2 Nam hoc verbum, est generale, aptum comprehendere quodcumque pactum, nam lex generaliter loquens generaliter venit intelligenda, et ubi lex non distinguit, neque nos
3 distinguere debemus, maxime quia praetor pollicetur *in l. juris gentium* 8. *§. praetor. ait ff. de pactis se* pacta, quae non sunt contra leges, vel contra bonos mores, servaturum. Sed sic est, quod pactum de constituenda servitute non est contra leges neque contra bonos mores, ergo si per pactum nudum promittatur servitus, promittens vel ejus haeredes tenebuntur servitutem promissam realiter constituere.

Exemplum esse potest, quis per manuscriptum promisit mihi concessurum servitutem, nedum per se, sed etiam per haeredes suos dicendo, concedo tibi facultatem constituendi servitutem in meo fundo appellato, *il Campo grande*, sive viae, sive actus, sive itineris, vel in suo pariete tignum immittendi, quare ex illa scriptura non debet dari actio, tum contra concedentem tum etiam contra ejus haeredes, ergo pacto nudo potest agi ut constituatur efficaciter servitus, et ita non obstante quod *lib. 1. de aquaeductu cap. 4. quaest.* 1. tenuerim sententiam negativam, attamen re medullitus ponderata.

4 Constitui nostram conclusionem ex pacto nudo gratuito facto agi posse contra promittentem concedentem facultatem constituendi servitutem, tum contra eum, tum contra ejus haeredes: probatur haec nostra conclusio, quia istud pactum nudum provenit ex mera liberalitate concedentis nullo jure ita cogente ad ita promittendum, et ideo dari potest nomen donationis, sed sic est, donatio etiam nudo pacto facta valet, et agi potest ad traditionem condictione ex lege *text. ad literam in l. si quis argentum §. si autem hoc minime c. de donationibus*. in haec verba. *Si autem hoc minime donator expresserit, siquidem stipulatio donationi inserta sit, ex ejus auctoritate traditionem compelli fieri. Sin vero, et hoc praetermissum sit, et usumfructum minime detinuerit, nihilominus ex lege nostra necessitatem ei imponi, etiam tradere hoc, quod donare existimavit, ut non ex hoc inutilis sit donatio, quod res non tradita sit; nec confirmetur ex traditione donatio, sed liberalitatem plenam, et secundum legem nostram perfectissimam constitutam, necessarius traditionis effectus sequatur, et necessitatem habeat donator omnimodo, vel res, vel partem substantiae quam nominaverit, vel totam substantiam, tradere. Cum enim in arbitrio cujuscumque sit, hoc facere, quod instituit, oportet eum, vel minime ad hoc prosilire, vel cum ad hoc venire properaverit, non quibusdam excogitatis artibus suum propositum defraudare, tum tantaque indevotione quibusdam quasi legitimis velamentis protegere.* Quae ratio cum sit generalis adaptatur etiam casui nostro, et tanto magis erit sustinenda, si donatio facta fuerit pio loco, probat idem. *§. in versic.* tantoque in haec verba. *Tantoque magis haec firma esse, si piis actibus, vel religiosis personis donatio deputata sit, monumentorum observatione in his modis (secundum quod specialiter a nobis in hujusmodi casibus praedictum est) observanda; ne in praefatis piis causis, ex quibusdam machinationibus, non solum indevotus sed etiam impius donator intelligatur; poenasque non solum legitimas, sed etiam coelestes expectet: resque donatas in omnibus supradictis casibus, non solum eos dum supersunt, sed etiam eorum successores reddere compelli, non tantum in iis, in quos donatio facta est; sed etiam eorum haeredibus, et per pactum nudum sustineatur, ita Brunnem. in d. l. si quis argentum, Bald. ibidem Salycet. et fere omnes interpretes Anton. Perez. ad dictum tit. in c. de donation. num.* 13.

Et hoc pactum magis debet judicari gratuitum, et donum quando procedit ex persona diligenti, et sagaci patrefamilias ad formam text. *in l. cum de indebito* 25. *ff. de probat.* in versic. *Sin vero ab initio quidem confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem non indebite ei fuisse solutas; praesumptionem videlicet pro eo esse, qui accepit, nemo dubitat. Qui enim solvit nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias jactet, et indebitas effundat; et maxime si is, qui indebitas dedisse se dicit, homo diligens est, et studiosus paterfamilias, cujus personam incredibile est in aliquo facile errasse. Et ideo eum, qui dicit indebitas solvisse compelli ad probationes, quod per dolum accipientis, vel aliquam justam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum sit jam repetitionem habere.* 5

Quinimo ex doctrina *Clar. in §. donatio quaest.* 14. *n.* 6. ubi proponit hanc quaestionem. Dispositio *dict. l. si quis argentum*. procul dubio locum habet in donatione: sed quid in pacto, sive promissione de donando? Respondeo in hoc articulo doctores sunt varii. Nam aliqui tenuerunt, quod non; et hanc opinionem dixit esse communem *Alciat. in l. 1. in princip., post numerum decimum sextum ff. de verb. obligat.* Aliqui vero tenuerunt contrarium, scilicet; quod imo etiamsi non interveniat stipulatio, neque traditio, talis promissio, valet, et obligat promittentem etiam solo pacto nudo interveniente. Et hanc opinionem dicit esse communem *Socin. in cons.* 1nx. *poss.* n. 4. *lib.* 3. *Gomez. in §. in personam n.* 39. *et seq. Instit. de actio. Ripa lib. 3. respons. cap.* 14. *n. 1. et seq.* et haec opinio tamquam verior, et magis communis mihi magis placet, nam considerato effectu, et substantia verborum, nihil aliud est promissio donandi, quando natio, et in dubio semper inclinare debemus in sententiam, per quam actus efficax reddatur. Ergo a paritate rationis idem venit dicendum in casu nostro, etiamsi esset solummodo nuda promissio, sed gratuita concedendi facultatem constituendi servitutem in fundo concedentis ut supra. 6

Sed descendendo in arenam retento themate ut supra, exclusa liberalitate, sed supponendo meum pactum nudum initum inter ipsos contrahentes, dicendo in scriptura utriusque manu conscripta do, vel concedo tibi facultatem, ut possis in fundo meo, dictitato *il Campo grande*, constituere servitutem sive viae, sive actus, sive itineris, sive aquaeductus pecunia tamen conventa inter ipsos non tamen soluta, sed solvenda in actu constitutionis servitutis ratione terrae occupandae. An concedens talem facultatem scriptura subscripta possit nihilominus recedere a dicta conventione, seu pacto?

Negari non potest una in praesenti casu esse in pacto nudo, ex quo ut supponunt doctores non oritur aliqua obligatio efficax ad agendum contra concedentem, quia contractus iste seu pactum adhuc non videtur vestitum, nec rei traditione, vel per stipulationem. Et ideo non videtur posse efficaciter agi ex dicto pacto. Quibus tamen non obstantibus 7
intrepide dicimus ex hoc pacto seu, ex hac conventione oriri obligationem efficacem ad agendum concedentem actione personali adimplere promissa, non obstante, quod sit pactum nudum. Sed quia facilius est debellare exercitus quam ingenia, seu intellectus, qui ratione tantum domatur. Ratio autem est in promptu, nam hic sumus in contractu, qui 8
solo consensu perficitur in quibus etiamsi non sequatur traditio rei, neque pretii, nihilominus ex ea conventione, et contractu oritur actio efficax ad agendum, ut probat *text. in §. unico instit. tit. de obligationibus ex consensu*, et haec sunt verba.

Consensu fiunt obligationes in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque scriptura, neque praesentia omnimodo opus est, ac nec dari quidquam necesse est, ut substantiam 9

capiat obligatio; sed sufficit eos, qui negotiaverunt, con-
10 *sentire, unde inter absentes quoque talia negotia contra-*
huntur, veluti per epistolam, vel per nuntium. Item in his
contractibus alter alteri obligatur in id, quod alterum al-
teri ex bono, et aequo praestare oportet; cum alioqui in
verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat.
Quibus stantibus sic nobis est discurrendum. Ad substantiam
contractus requiritur quidem consensus, res certa, et pretium
certum, et licet non sequatur traditio neque rei, neque pe-
11 cuniae, nihilominus adest efficax obligatio, sed sic est, quod
adhuc sumus in pacto nudo, nondum rei traditione vestito,
et tamen oritur obligatio; quinimo demus etiam casum, quod
solummodo fuerit facta promissio de vendendo, nihilominus
ex illa sola promissione oritur obligatio efficax ad agendum,
actione personali contra promittentem. Text. est in *l. si ste-*
rilis 21. §. si tibi fundum ff. de actio. empti. et venditi in
illis verbis. *Sed et si tibi fundum ita vendidero, ut nulli*
alii eum, quam mihi venderes; actio eo nomine ex vendito
est, si alii vendideris, ut plenarie probat *Surd. cons.* 52.
12 *n.* 13. *neque ad* 22. *Tusch. copiose conclus.* 43. *lit. V. n.*
4. *et sequentibus*, in hoc tamen solum differt promissio de
vendendo a venditione ipsa, quia in promissione dicitur so-
lum factum, et per consequens promissor non potest agere,
nec rem tradere, etiamsi habeat facultatem tradendi, sed da-
tur tantum acquirenti actio in factum ad interesse, *l. si quis*
ab alio §. si quis promiserit. ff. de judic. in haec verba. *Si*
quis promiserit prohibere, ne aliquod damnum stipulator
patiatur, et faciat ne, quod ex ea re damnum stipulator
habeat, facit, quod promisit: si minus, quia non facit
quod promisit in pecunia numerata condemnabitur: sicut
evenit in omnibus faciendi obligationibus. Surd. loco citato
n. 14. *Tusch. loco citato n.* 11. *et sequentibus.*
13 Sed sic est, quod solus consensus, seu scientia, et patien-
tia domini praedii servientis sufficit ad constituendam servi-
tutem, *l. si aquam* 1. *c. de servitutibus, et aqua*, ibi, *scien-*
te, et patiente domino fundi servientis, vel etiam per solum
usum, *l. quoties* 20. *ff. de servitutibus*, in illis verbis. *Ego*
puto usum ejus juris pro traditione possessionis accipien-
14 *dum esse.* Scientia autem, et patientia probatur ex pacto
convento, ergo quod dicitur de contractibus, qui solo consen-
su contrahuntur, idem venit dicendum de servitute, licet
non fuerit secuta traditio, vel quasi servitutis, praecipue,
quando partes inter se convenerunt, et de fundo, in quo
imponenda est servitus, et de pecunia solvenda pro occupa-
tione fundi, veluti si ageretur de construendo aquaeductu,
nam licet solvatur pecunia, tamen dominium terrae occu-
15 pandae, vel occupatae est ipsius domini servientis, vel ser-
vire debentis. Textus ad literam *in l. loci corpus*; 4. *ff. si*
servitus vendic. loci corpus non est domini ipsius, cui ser-
vitus debetur: sed jus eundi habet, quod est quid magis,
nam in venditione transfertur dominium rei emptae in em-
ptorem, si facta fuerit traditio a vero domino, secus facultas
usucapiendi, ideo licet adhuc non fuerit facta quasi traditio
servitutis, et adhuc non sit nata actio confessoria, adest ta-
men obligatio personalis, per quam cogi potest servire de-
fensum ad constitutionem realem servitutis, prout probat
textus in *d. §. unico. Istit. de obligat:* quae solo consensu
contrahuntur, mox supra extenso, in illis verbis, *nec dari*
quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio: sed
sufficit, eos, qui negotia gerunt, consentire, et ita totum
negotium servitutis constituendae consistit in sola voluntate
constituentis, prout et donatio, quae consistit in mera libe-
ralitate donantis, ut ait textus *in d. l. si quis argumentum,*
16 *§. si autem hoc minime, c. de donat. ut supra extensum.*
Secundo probatur nostra conclusio etiam in hoc casu, na-
sci actionem ex pacto nudo et decantato *§. fin. institut. tit.*
de servitutib. rusticis, et urbanorum praediorum, quando
dicit: *si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactioni-*
bus, atque stipulationibus id efficere debet: concordat text.
in l. 3. *ff. de usufructu.* in illis verbis, *et sine testamento*
autem si quis velit usumfructum constituere pactionibus, et
stipulationibus id efficere potest: Verbum, *pactionibus*, est
generale aptum comprehendere quodcumque pactum, etiam
17 nudum, prout diximus supra, cum indefinite loquatur; in-
definita enim aequipollet universali. *l. si servitus*, 22. *ff. de*
servitutibus urban. praedio. in illis verbis. *Quod si ita sit*
cautum, ne luminibus officiatur, quia ambigua est scriptu-
18 *ra; utrum ne iis luminibus officiatur, quae nunc sunt, an*
etiam iis, quae postea quoque fuerint, humanius est, verbo
19 *generali omne lumen significari, sive quod in praesenti,*
sive quod post tempus conventionis contigerit. Et text. ad
literam in *l. si ita relictum*, 44. *ff. de legatis*; 2. Ibi *si ita*
relictum fuerit quantum haeres meus habebit, tantum Sti-
cho dari volo pro eo est, quasi ita sit scriptum.. quantum
omnes haeredes habebunt. Et *text. in l. si plures*, 96. *ff.* 20
de legatis 3. *si plures gradus sint haeredum, et scriptum*
sit: haeres meus dato. Ad omnes gradus hic sermo perti-
net. Et plures alios text. citat *Augustinus Barbosa axio-*
mat. juris 123. *n.* 1. *et sequentibus*, ergo cum illud verbum,
pactionibus, sit generale, et in definitum, extenditur etiam
ad pactum nudum.
Confirmatur hoc nostrum argumentum, nec implicat con-
tradictionem, ac aliqua inducitur correctio legum; supposita
nostra interpretatione verbum, *pactionibus*, extendi ad pa-
ctum nudum; licet enim ex *l. juris gentium*, 8. *§. sed cum*
nulla. ff. de pactis, probetur ex nuda pactione obligationem 21
non constitui, sed tantum exceptionem; attamen hoc intelli-
gitur, quando lex non assistit pacto nudo, sed in casu no-
stro lex assistit nostro pacto, ut diximus supra ex *§. unico*
institut. tit. de obligationib. ex consensu. et per textum *in*
l. legitima conventio. 6. *ff. de pact. legitima conventio est*, 22
quae aliqua lege confirmatur. Et idea interdum ex pacto
actio nascitur, vel tollitur, quoties lege, vel senatusconsul-
to adjuvatur. Sed sic est, quod nostra conventio adjuvatur,
et per §. unicum instit. de obligat. ex consensu, et *ex §.*
fin. instit. de servitut. rusticor. et urbanor. praedior. et ex
l. 3. *ff. de usufruct. supra in versic. secundo probat*; ergo
pactum nudum in materia constituendae servitutis, debet
producere obligationem efficacem ad agendum, maxime quia
verba sunt geminata, nam Justinianus *in d. §. fit*, utitur
iisdem verbis, quibus Cajus J. C. utitur *in d. l.* 3. in illis
verbis. *Et sine testamento autem, si quis velit usumfruct.*
constituere, pactionibus, et stipulationibus id efficere pot-
est, eadem fere verba habet Justinianus *in d. §. fin.* ibi: *si*
quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus, atque
stipulationibus id efficere debet. Sunt enim verba gemina-
ta, quae soleant includere ea, quae in verbis universalibus 23
alias non comprehenderentur, ad diffuse cumulata per Car-
dinal. Tusc. *conclus.* 28. *lit. G. a num.* 1. *usque ad finem.*
Neque obstat, si dicatur illud verbum, *pactionibus*, esse
intelligendum, *stipulationibus*, prout *gloss. explicat in d.*
l. 3. *de usufruct.* quia hanc interpretationem reprobat *Ca-* 24
still. de usufructu. cap. 10. *sub n.* 11. dicendo. Quae tamen
expositio vera non est, et manifeste violat mentem, et verba
illorum jurium, in quibus pactiones, et stipulationes non
pro eodem, sed ut diversa ponuntur, id, quod ex contextu-
ra illorum, et natura dictionis, et facile deprehenditur, illa 25
enim sua natura inter diversa poni solet, *ut ex glos. in ru-*
bric. ff. de juris, et fact. ignorant. Bart. in leg. prim in
prim. lectura, num. 2. *ff. de procurat. Caesaris, et in l.* 1.
num. 1. *ff. de pact. Parisius in cons.* 36. *n.* 14. *Menoch.*
de adipiscend. remed. 3. *et plures alios, quos citat. idem*
Castill.
Licet postea *sub num.* 12. aliam expositionem tradat idem
Castill. et n 13. dicendo. Deinde verbum illud, *pactioni-*
bus, intelligendam esse de pactis conventis, quae inconti- 26
nenti contractibus adjiciuntur; nam non omnibus pactioni-
bus constituitur ususfructus, sed his solum, quae sunt uti-
les ad agendum; quales sunt, quae contractibus ex conti-
nenti adjiciuntur, ut pacto venditionis permutationis, divi-
sionis, donationis, *l. quisquis*; 18. *c. de donat. l. seja.* 41.
ff. de donat. caus. mortis, hae autem pactiones dicuntur le-
ges, *l. legem. c. de pact.* Non omnia pacta dicuntur leges,
sed ea sola, quae adjiciuntur contractibus, quia legem dant
contractibus, et formam. *l. juris gentium ff. de pactis.* Et
ita tenendum est haec *Castill.* ait ille doctissimus.
Attamen Castille indulge quaeso mihi, quia non possum
acquiescere tuae sententiae, nam rationes, quae me movent,
ad tibi contradicendum sunt potentes. Quia magis quadrat
nostra interpretatio, *pactionibus*, includi quoque pacta nu-
da in materia constituendae servitutis, primo quia lex gene-
raliter loquitur, et omnia includit pacta, ratione indefinitae 27
locutionis, seu dispositionis, ut supra diximus, non distin-
guendo, an debeant adjici contractibus, et ubi non distin-
guit, neque nos distinguere debemus. Argumento, *l. de pre-*
tio. 10. *ff. de public. action.* ubi *Bar.* quoque habet eam-
dem propositionem, et ita nostra interpretatio, seu extensio
provenit ex eodem legis ventre, et illi magis contractui con-
formis, quia nihil implicat, neque quid somniatum subau-
dire debet intellectus; nam videmus in donatione, impera-

terem nonfuisse locutum in specie de pacto nudo respectu donationis, ut recte ponderanti dictum §. *si autem hoc nomine*, *supra extenso in versic. constituimus nostram conclusionem* patebit, ubi nec verbum fecit de aliquo pacto nudo, et tamen omnes interpretes ibidem explicant, donationem, etiam nudo pacto factam, esse adimplendam, mediante actione efficaci ad ita agendum, ut ita in verbis legis, videlicet, in verbo, pactionibus, quod non excludit verbum illud, pactum nudum, cum sit genericum; tanto magis, quia in pluribus casibus lex assistit pacto nudo ad producendam obligationem efficacem ad agendum, ut videri potest, *in l. etiam*, 30. *ff. de usuris*. in haec verba: *etiam ex nudo pacto debentur civitatibus usurae creditarum ab eis pecuniarum*, secundo loco assistit donationi, *dicto §. si autem hoc nomine* tertio loco ex *gloss. in dicta l. legitima*, *ff. de pact. in verbo legitima: in versic. ex pacto nudo interdum actio nascitur*, *interdum quia non semper*, ut esse nascitur cum juvatur lege; *dicto §. si autem hoc nomine*, et paulo inferius, ubi *nuda pactio parit actionem*, *sive jure civili*, *sive praetorio*. ut infra eadem, *l. si tibi* 18. *§. de pignore*, *ibi de pignore jure honorario nascitur ex pacto actio*. et *Bart.*
28 *ibi*. in compendio ait. Pignus solo consensu contrahitur de jure praetorio; sequitur postea *glos.* sed quando ex nudo pa-
29 cto datur actio, potest dici legis auxilio; ideo nihil implicat, quod lex, quando voluit assistere pacto ad illud vestiendum, quin possit illud facere, prout fecit *in dicta l. 3. et in dict. §. fin. instit. servitut.* quando dixit: *pactionibus*.

Hinc nostra interpretatio est secundum verba legis, neque repugnat ejus menti, cum generaliter loquatur. Interpretatio vero allata a doctoribus, a Castillo est contra ejus verba generalia, quia illa restringunt, per subauditos intellectus, et contra juris regulam, legem generaliter loquentem, generaliter intelligendam, nec ubi non distinguit, neque nos distinguere debemus, praecipue, quando non resultat aliquod absurdum, vel aliqua contrarietas, quae in nostro casu non concurrunt, imo quia pluribus in locis a lege datur obligatio pacto nudo, quare etiam in praesenti casu non potuit dare eamdem vim pacto nudo constituendi servitutem; cum hoc fuerit in mera ejus auctoritate id faciendi, praecipue stante dicto ejusdem Castilli verbum illud, *pactionibus*, non poni pro uno, et eadem re cum verbo illo, *stipulationibus*, sed uti diversum, quod demonstrat litera, et sensus, praecipue ratione illius dictionis, *et*, quae natura sua ponitur inter diversa; quod dictum magis probat nostram propositionem in illo verbo, *pactionibus*, includi quoque pactum nudum, eo quod sit verbum genericum, cum nihil impediat, quin lex tale potuerit concedere, prout in pluribus aliis casibus concessit, pacto nudo in constituenda servitute eamdem vim potuit statuere.

Quare recte dixit Johan. Corasius *in l. servitutes*, 3. *ff. de servitut. num.* 7. qui reprehenditur a *Castillo n.* 15. *et* 16. *et sequentibus*, quando dixit: servitutem constitui posse per quemcumque contractum, sive nominatum, sive innominatum, ut aperte demonstrat illic imperator, dum ait
30 (*pactionibus sive stipulationibus*) quatenus enim de pactionibus loquitur, ad innominatos contractus se refert: cum omnia pacta nuda contractus sint innominati, *l.* 1. *ff. de actio-*
31 *nib. et oblig.* Quatenus vero de stipulationibus verba facit, de contractibus nominatis loquitur, cum stipulationis contractus sit nominatissimus, *l.* 1. *§. fin. ff. de pactis*. Sic enim separant jurisconsulti in hac materia servitutum a pactis *l. cum essent.* 33. *§. fin. ff. de servitutib. rustic.* Haec cum de nobis audiret Petrus Buccherus eruditissimus doctor, decanusque inclitae academiae gratianopolitanae, sic in circulis apponebat. Actio de constitutione servitutis exercitur, *l.* 2. *ff si servitus vindicetur §. aeque in tit. de action.* Ergo pacto nudo non constituitur, cum non pariat actionem nuda pactio, *l. jurisgent. §. sed cum nulla. ff. de pactis*. Respondi, conventionem hanc nudam a lege fomentari, videlicet, ex *dicto §. fin. de servitutib.* in quo expressim cautum est, pacto non nudo efficaciter constitui servitutem, non mirum si ex ea pactione (licet nuda) actio oriatur, *l. legitima ff. de pactis*, *l. etiam*, *ff. de usuris*, *l. ad exactionem*, *c. de dotis promissione*. Verum quidem est Corasium in hoc defecisse, quia textui addit illud verbum, *nudum*, quod imperator non dixit; debuerat enim saltem exprimere ex generalitate ejusdem verbi.
32 Attamen non male dixit Corasius, nam scripsit per illud verbum, *pactionibus*, generale includi etiam nudum pactum, nam genus continet in se suas species, sicuti animal continet in se, et rationale et irrationale, seu prout diximus, de substitutione compendiosa, quae continet in se plures substitutiones, quando est facta verbis communibus, a Pagano. Illae autem substitutiones in ea contentae dicuntur expresse in genere verbis generalibus, non tacite, ut pro communi, et constanti sententia probat *Fusarius de substitutione compendiosa qu.* 31. *Alexander Intrigliolus de substitutione, centuria* 3. *q.* 37. sic etiam in casu nostro nemo negare potest illud verbum, pactionibus, esse generale, ergo non male dixit Corasius, sed locutus est secundum sensum Justiniani, et juris consulti Caii *in l.* 3. *ff. de usufructu*.

Vera quidem est doctrina Castilli de usufructu, *dicto cap.* 10. *sub n.* 19. *et* 20. ubi distinguit in modo constituendi servitutem. Nam quando in contractu, seu pactione promittitur servitus, non propterea dicitur constituta, aliud enim est 33
promissio, aliud constitutio. Ex promissione oritur actio personalis ad cogendum promittentem adimplere promissa. Constituitur vero servitus, quando inducimus, exempli gratia, usufructuarium in fundum, vel quando vero et realiter constituitur servitus, viae vel itineris, vel aquaeductus, ea enim constituta tunc oritur actio confessoria contra quemcumque *l.* 1. *et* 2. *ff. si servitus vindicetur*. Hinc licet in conventione seu pacto nudo dictum fuerit promittentem concedere facultatem constituendi servitutem, vel etiam si dixisset, constituo tibi servit. aquaeductus in fundo meo, dictitato il (*Campo grande*,) non propterea dicetur vere et realiter constituta, nisi sequatur quasi traditio, quae est usus dicta *l. quoties*, 20. *ff. de servit.* 34
in illis verbis. *Ego puto usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse*. Quare donec, et usquequo fuerit realiter constituta servitus, acquirenti nunquam competet actio confessoria, sed personalis, prout diximus in contractu emptionis, et venditionis; licet enim contractus sit 35
perfectus, attamen si venditor rem alteri venditam, sed non traditam alteri vendiderit, non potest primus emptor agere actione reali contra secundum emptorem, qui est in possessione rei emptae, sed primus emptor habet actionem personalem contra venditorem ad interesse. *Textus in l. quoties* 15, *c. de rei vindicatione*, in haec verba. *Quoties duobus in solidum praedium jure distrahitur*, *manifesti juris est*, *eum cui priori traditum est*, *in detinendo dominio esse potiorem*, et clarius ibid. *Bald. Brunnem. Augustin. Barbos. et gloss. ibid. in verbo. priori*, reddit rationem, nam licet venditor vendiderit, sed non tradiderit, attamen remanet dominus, et ideo dominus erit, cui prius tradidit, ut probat textus *in l. qui tit.* 3. *c. de iis, quia non domino manumiss.* et clarius in *l. qui tit.* 6. *c. de haered. vel action. vendit.* in haec verba. *Qui tibi haereditatem vendidit*, *antequam res haereditarias traderet*, *et dominus earum perseveravit*, *et ideo vendendo eas aliis*, *dominium transferre potuit*. *Sed quoniam contractus fide fuit*, *ex empto actione conventus*, *quanti sua interest praestare cogetur*, *seu venditor praestando interesse liberatur*, *l. si traditio*, 4. *c. de action. empt. et vend.* 36
haec sunt verba. *Si traditio rei venditae juxta emptionis contractum procacia venditoris non fiat quanti interesse compleri emptionem fuerit arbitratus praeses provinciae*, *tantum in condemnationis taxationem deducere curabit*. Glos. tamen ibi sub verbo, *procacia*, in additione explicat, si venditor habeat facultatem rem tradendi, teneri tradere, secus solvendo interesse liberabitur.

Non tamen hoc dici poterit in contractu permutationis, ut 37
si partes inter se convenjunt de permutando, nisi ipsamet permutatio rei traditione vestiatur, ex illa conventione nulla oritur, actio efficax ad agendum, prout oritur in contractu emptionis, et venditionis, ut supra demonstravimus, et tamen *Castillus loco supra cit. sub n.* 13. in illis verbis. *Non nos omnibus pactionibus constituitur ususfructus*, *sed iis solum*, *quae sunt utiles ad agendum: quales sunt*, *quae contractibus adjiciuntur incontinenti*, dat exemplum, ut pacto venditionis, permutationis, in hoc erravit Castillus, judicio meo, nam contractus permutationis nullam parit actionem, nisi sequatur traditio, text. ad literam *l. ex placito*, 4. *c. de rerum permutat.* in haec verba. *Ex placito permutationis nulla re secuta*, *constat nemini actionem competere*, *nisi stipulatio subjecta*, *ex verborum obligatione quaesierit partibus actionem*. Idem confirmat, Sabel. in ejus compendio, dicens. *Pactum permutationis nedum a rei interventu*, *non producit actionem*, *nisi intervenerit stipulatio*. *Brunneman. ibidem*, et ideo contractus permutationis non quadrat pro exemplo a Castillo deducto, nisi modo velit intelligere de pacto permutationis incontinenti adjecto alii contractui.

Amplifatur modo haec nostra conclusio, ut multo magis procedat, si in eadem scriptura adesset verbum, promitto, promissum a concedentis, quo in casu subscripta scriptura utriusque manu, utroque praesente, diceretur contrastipulatio, ex
38 qua oritur postea obligatio, probat textus extra dentes *in* §. *si scriptum. Instit. de inutil. stipulation.* haec sunt verba, *si scriptum in instrumento fuerit, promisisse aliquem: perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit*, et clarius in *l. 1. c. de contrahend. vel committend. stipulation.* in haec verba. *Licet epistolae, quam libello inservisti, additum non sit, stipulatum esse eum, cui cavebatur, tamen si res inter praesentes gesta est, credendum est, praecedentem stipulationem vocem spondentis subsecutam esse:* textus pariter in *l. omnes. 10. c. eod. tit. ubi omnes stipulationes, etsi non solemnibus, vel directis, sed quibuscumque verbis consensu contrahentium compositae sunt, vel legibus cognitae suam habeant firmitatem*, et *l. Titia. 134. §. idem respondi. ff. de verbor. obligat.* ibi: *Idem respondit, cum Titius literis suis praestaturum, se caverit, pecuniam, et usuras ejus semisses, quae apud Sempronium depositae sunt: si inter praesentes actum est, intelligendum est, etiam a parte Lucii Titii praecessisse verba stipulationis*, prout idem dicitur de verbo, *fidejussisse*, censentur omnia solemnia intervenisse, *l. sciendum, 30. ff. de ver-*
39 *bor. obligat.* ibi: *sciendum est generaliter, quod si quis scripserit, se fidejussisse, videri omnia solemniter acta.*

Sed modo insurgit alia difficultas; quia Justinianus *in d. §. si scriptum* loquitur de instrumento, ut ibi; sed scriptura, de qua in praesenti casu non est instrumentum, sed scriptura privata, ergo non suffragatur, et idem imperator, *in l. optimam, 14. c. de contrahend. vel committend. stipulat.* in §. *inter praesentes*, habet haec verba, *in eo die commanet, in quo hujusmodi instrumentum conscriptum est;* ergo pernecesse requiritur instrumentum.

40 Fateor famosam esse hanc quaestionem, in qua quaeritur, an appellatione instrumentorum veniant etiam scripturae privatae. Genua de scriptura privat. *lib. 1. quaest. 3. in dub. an scriptura privata veniat appellatione instrumenti*, ubi proponit omnes opiniones circa hanc quaestionem, loquendo de jure communi etiam scripturam privatam appellatione instrumentorum venire; secus vero si secundum communem loquendi usum, verum in fine concludit de statuto loquente de instrumento, attendendam esse mentem statuentium, ut includatur, vel excludatur scriptura privata, ut apud eum videri potest. Caeterum de jure communi non est dubitandum appellatione instrumenti contineri quoque scripturam privatam, ut clare distinguit. Wesembec. *in ff. ad titul. de fide instrumentor. n. 1. et seq. Zoes. ibidem n. 2. Anton. Perez. ad c. lib. 4. tit. 2.* et ita sufficit pro verificandis verbis Justiniani *in d. §. si scriptum inst. de inutil. stipulat.* sed hoc mihi non sufficit, sed profundius est discurrendum, diligenter ponderando, mentem legislatoris non fuisse se restringendi ad instrumentum publicum, sed includendi quoque etiam scripturam privatam: et praecipue *d. l. 1. c. de contrahend. et committend. stipulat.* ubi additur epistolae in judicio exhibitae stipulationem praecessisse, et subsecutam esse responsionem, et per consequens, verbum illud, *promisisse*, duxisse stipulationem, juxta casum a *glos. ibidem* formatam, quando dixit. *Tibi misi epistolam in hunc modum, scias, me redditurum tibi centum, quae tibi promisi cum essemus praesentes. Bonon. an praesumatur per hanc epistolam. me tibi praesenti promisisse centum, et stipulationem intervenisse, ut ex ea agere possis?* et dicitur quod sic, et ita etiam explicat eadem glos. in verbis, *licet epistolae*, et ita idem cavetur *in d. l. Titia. 134. §. idem respondi ff. de verbo. obligat.* in illis verbis: *literis suis praestaturum*, literae enim non sunt publica instrumenta, sed privata, et privata scriptura; et ita non est locus amplius dubitandi, etiam per scripturam privatam probari stipulationem contractam, quando in ea adesset verbum, *promisisse*; et sic nihil contra nos.

QUAESTIO III.

An servitutes viae itineris vel actus, et aquaeductus possint constitui, prout constituitur ususfructus.

SUMMARIUM.

1. Servitutes viae, itineris, et actus, vel aquaeductus possunt constitui, ut constituitur ususfructus.
2. Servitus ususfructus constituitur pro indiviso, ex certo tempore, et usque ad certum tempus, et alterius dubis.
3. Servitutes reales natura sua sunt individuae, neque admittunt diem, vel conditionem.
4. Ususfructus etiam per judicem in judicio familiae erciscundae, et communi dividundo constituitur.
5. L. via, 5. ff. de servitutib. declaratur quomodo sit intelligenda.
6. Servitutes reales, licet nequeant constitui ad tempus, vel sub conditione, attamen si sit, adsit pactum, illud venit servandum, et petenti obstabit exceptio doli.
7. Stipulatio annua quoad vivam ex pacto, et perpetuatur, quia ad tempus deberi non potest, sed exceptione pacti conventi submovebitur petitor.
8. Obligatio certis modis contrahitur, et rursus certis modis finitur, et quomodo, explicatur.
9. Tempus non est modus finiendae obligationis. 8

Extat textus *in l. via. 5. ff. de servitutibus*, cujus haec sunt verba. *Via, iter, actus, haustus aquae eisdem fere modis constituitur, quibus et usumfructum constitui diximus*, sicuti ergo servitus ususfructus pluribus modis constitui potest, ita etiam servitutes reales, prout docet *Cajus in l. potest 17. ff. comm. praedior.*, ait enim. *Potest etiam in testamento haeredem suum quis damnare, ne altius aedes suas tollat, ne luminibus aedium vicinarum officiat, vel ut patiatur eum lignum in parietem immittere, stillicidia adversus eum habere, velut patiatur vicinum per fundum suum, vel haeredis ire, agere, aquamve ex eo ducere.* 1

Attamen *d. l. via*, aliquam patitur difficultatem, et non modicam. Nam ususfructus constituitur modo diverso, ac constituuntur servitutes reales; enim vero ususfructus a principio pro parte divisa, vel indivisa, ex certo tempore, et usque ad certum tempus constitui potest; *l. ususfructus. 4. et l. sequent. 5. ff. de usufructu, ex lib. 4.* in illis verbis, et extat, *quod vel praesens, vel ex die dari potest, et ad diem*, ait glos. idem in verbis, *dari potest*, per textum *in l. et puto. 16. §. ususfructus, ff. famil. erciscund. etc.* ibi. *Ususfructus, et ab initio pro parte indivisa, vel divisa constitui potest, et legitimo tempore amitti, eademque ratione per legem falcidiam minui potest.* 2

Servitutes autem reales, uti via, actus, iter, aquaeductus primo nequeunt constitui a principio pro diviso, quia sunt natura sua individuae, nec diem, nec conditionem recipiunt, *l. servit., 4. ff. de servitat.*, ibi *servitutes ipso quidem jure, neq; ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem*, verbi gratia (quamdiu volam) constitui possunt: *l. 1. §. si ususfructus, ff. ad l. falcid.* ibi: *si ususfructus legatus sit, et qui et dividi potest, non sicut caeterae servitutes individuae sunt*, ergo Cajus *in l. via*, male dixisse videtur, servitutes reales iisdem modis constitui, quibus ususfructus. 3

Quinimo ususfructus in judicio familiae erciscundae, et communi dividundo constituitur hoc modo, ut uni adjudicetur nuda proprietas, alteri vero ususfructus, probat *d. l. et puto*, in illis verbis. *Julianus ait: si alii fundum, alii usumfructum fundi judex adjudicaverit, non communicari usumfructum.* Et textus *in l. si quis putans, §. idem scribit, ff. communi dividund.* in illis verbis. *Officio judicis etiam talis adjudicatio fieri potest, ut alteri fundum, alteri usumfructum adjudicet.* Sed sic est, quod servitus praedialis, a praedio separari nequit, ergo caeterae servitutes non constituuntur, sicut constituitur ususfructus. 4

Attamen, si ponderetur dictum Caii *d. l. via.* 5. invenietur, eum reservatione locutum fuisse per illud adverbium, *fere*, hoc est caeteras servitutes, etc. quasi eodem modo constitui, uti constituuntur servitutes, sed non in omnibus, quibus constituitur ususfructus. 5

Verum dicere puto Cajum *in d. l. via*; eisdem fere modis constitui caeteras servitutes, non quidem de rigore juris, sed de aequitate, et jure praetorio, praeter dividuitatem, cum, ut diximus, servitutes reales sunt individuae. Nam licet Papinianus *in d. l. servitutes. 4. ff. de servitut.* dicat, et decidat servitutes, neque sub conditione, neque ad certum tempus, etc. Attamen, postea subjungit haec verba. *Sed tamen si haec adjiciantur, per pacti, vel doli exceptionem occurretur contra placitum servitutem vindicanti, idque et Sabinum respondisse Cajus retulit, et sibi placere*, concordat ibidem glos. in dictis verbis, *contra placitum.* Et ita de rigore juris vera est prima pars dictae legis, de aequitate, et ex speciali pacto ita possunt constitui, et ad tempus, et sub conditione. 6

Hoc explicatur exemplo stipulationis conceptae sub illa verborum formula, quoad vivam decem dare spondes? ait Justinianus in §. *omnis stipulatio. Inst. de verbo. obligat.* 7

Quoad vivam dare spondes? et pure facta obligatio intelligitur, et perpetuatur: quia ad tempus deberi potest. Sed haeres petendo, pacti exceptione submovebitur, hoc est, haec stipulatio perpetuatur, nec per pactum, quoad vivam, extinguitur morte ipsius stipulatoris, sed durat etiam post ejus mortem quamvis dies adscripta sit; potest quidem obligatio differri ad diem, vel ex die, veluti in kalendis aprilis dari; sed ex die nullo pacto finiri potest, veluti usque ad kalendas novembris, dare spondes; advenientibus kalendis novembris, non propterea obligatio finitur, et extinguitur, sed
8 perpetuatur, et haec est ratio, quia certi sunt modi, quibus obligatio contrahitur, rursus certi sunt modi, quibus finitur, et in hoc ars imitatur naturam, §. *minorem natur. Instit. de adopt*. Sed sic est quod in natura non omnia temere nascuntur, rursus nec temere emoriuntur; sed certa lege fiunt omnia, certaque lege rursus intereunt, obligatio autem non inducitur quibuscumque modis, sed certis modis, et certo jure, ut puta, re, verbis, literis et consensu, §. *fin. instituta de obligat*. ibi. *Aut enim ex contractu sunt, aut quasi contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio*; et paulo inferius ait: *aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut consensu*, ita pariter non omnibus modis obligatio finitur, sed certis modis, et certo jure, scilicet, solutione, compensatione, acceptilatione, aut novatione, *toto tit. instit. quibus modis tollitur obligat*. et propterea obligatio die non finitur, quia tempus non est modus finiendae
9 obligationis, et ideo dixit Justinianus, ad tempus deberi non posse, sed perpetuari obligationem, et morte stipulatoris nunquam finiri, ita important illa verba, *quo ad usuam dare spondes?* Verum si haeres stipulatoris petierit, obstabit exceptio pacti conventi. Ita etiam idem venit dicendum in casu nostro, servitutes enim reales natura sua non possunt constitui ad tempus, vel sub conditione, sed illis constitutis etiam ad tempus, vel in tempore, vel sub conditione perpetuantur, nec morte stipulatoris finiuntur vel expirata conditione, vel finito tempore, veruntamen si stipulator, vel haeres ejusdem servitutem vindicare praetenderit, opponetur exceptio pacti conventi, vel doli, juxta dispositionem dictae *l. servit*. 4. *ff. de servitutibus*. Et ita ususfructus in hoc differt a servitutibus realibus, quia et ad tempus, et in tempore, sub conditione, et divisim, vel indivisum potest constitui.

QUAESTIO IV.

Investigandum est, quaenam sit ratio, quare ususfructus respectu temporis sit dividuus, et caeterae servitutes reales individuae.

SUMMARIUM.

1. Ususfructus quare respectu temporis sit dividuus, et caeterae servitutes reales individuae.
2. Servitutes possunt constitui sub conditione inchoativa, et quomodo id fieri possit.
3. Legatum conditionale non debetur, neque ad haeredes transmittitur nisi adimpleta vel purificata conditione.
4. Servitutes in earum constitutione, duo respiciunt tempora, seu duo continent, et tempus contractus, et tempus constituendae servitutis, et quando dicantur realiter constitutae.
5. Emptor, quando res vendita fuit duobus, ille praefertur cui primo res fuit tradita.
6. Servitus aquaeductus non admittitur, per lapsum cujuslibet temporis, si adhuc rivus nondum fuit factus.
7. Servitutes reales de jure civili, non possunt constitui sub conditione, vel ad diem, secus de jure praetorio.
8. Ususfructus, usus, et usus possunt constitui in diem, ad diem, ad tempus, et sub conditione.
9. Servitutes reales ita inhaerent praedio, ut imprimant in illud qualitatem, quae postea causat differentiam inter reales, et personales servitutes.
10. Servitutes personales inhaerent personae.
11. Servitutes personales possunt habere intermissionem ex duplici capite, videlicet ex conventione, 2. ex propria natura, et hic explicatur.
12. Servitus ususfructus concessa uni pro uno mense, et alteri pro alio mense non est una, sed sunt duae quod secus est in servitute reali, quae semel fundo impressa semper durat.
13. Servitus realis differt a personali, quia in servitute reali sententia datur praedio, in personali datur personae.
14. Servitus realis, et ipsa quoque recipere videtur divisionem, ut hic explicatur.
15. Servitus, itineris, vel viae vel actus, vel aquaeductus pluribus concedi potest, etiam in solidum, ut hic explicatur.
16. Usus servitutum temporibus servari potest.
17. Usus servitutum realium duplicem potest habere intermissionem, primam ex partium consensu, secundam ex natura ipsius servitutis et hic explicatur.
18. Intervalla dierum, vel annorum, non ad temporis causam, hoc est ad ipsam servitutem, seu ejus constitutionem, sed ad modum constitutae servitutis.
19. Intermissio seu interpellatio servitutis realis ex sua natura contingit ut plurimum in servitutibus rusticorum praediorum, nam quis ita non potest continuo, neque semper aquam ducere, quia non expediat.
20. Servitus realis, quocumque modo habeat interpellationem una est, et nunquam desinit servire, ut eo tempore, quo non servit, liberum non dicitur praedium, nam servitus continua est.
21. Aqua quotidiana illa dicitur, quae quotidie duci potest, licet non semper ducatur.
22. Ususfructus temporibus divisus, non est unus tantum ususfructus, sed plures sunt.
23. Ususfructus semper cessat, quando re uti non potest usufructuarius.

Tot capita tot sententiae, et videri potest apud Johannem Corasium de servitutibus *l. servitutes* 4. *a n. nona fere usque ad finem, et Castillus de usufructu, lib*. 1. *cap*. 11. ubi et ipse refert doctorum opiniones diversimode sentientes; nam aliqui sustinent servitutes reales, sub conditione inchoativa posse constitui, veluti si dicatur, si navis ex Asia 1
venerit constituo tibi servitutem itineris, vel viae, vel aquaeductus, vel haustus, verum cum grano salis venit intelligenda haec propositio, si enim quis vere, et realiter constituat servitutem sub conditione tamen inchoativa, si navis ex Asia venerit, hoc utique falsum est, est enim contra textum in *l. servitutes*, 4. *ff. de servitut*. quae absolute disponit servitutes sub conditione generaliter loquendo nullo pacto constitui posse, quam *l. adduximus in praecedenti quaestione in versicul. servitutes autem* Si vero servitus realiter a principio non constituitur, sed expectatur tempus purificatae conditionis, tunc, et eo in casu non possumus negare, quin valeat talis servitutis constitutio, expectatur enim eventus ejusdem conditionis, ut vere, et realiter constituatur, prout dicimus de legato, si enim quis legaverit Titio fundum Sempronianum, si navis ex Asia venerit; certum est legatarium nullo modo petere posse fundum legatum, nisi purificata 3
conditione *Castill. de conjectur. ultim. volunt. tom*. 4. *cap*. 55. *n*. 51. *et sequent. et plenarie Cardinal. Tusc. conclus*.
38. *litera L. a n*. 1. *et sequent*. ita et in servitute reali, in 4
qua duo tempora sunt attendenda; et tempus contractus, et tempus constitutae servitutis; licet enim quis constituat servitutem etiam per instrumentum, attamen servitus nunquam dicetur vere, et realiter constituta donec sequatur, vel inductio in fundum, vel quasi traditio ipsiusmet servitutis, quae est usus, et patientia ipsiusmet constituentis, et saepe saepius in praecedentibus quaestionibus probavimus, et praecipue *quaest*. 4. *hoc eodem libro*, et ideo donec, et usquequo servitus vere, et realiter non fuerit constituta, nunquam dicetur nata actio confessoria; qua mediante dominus agere possit contra quaecumque impedientem uti servitute; ut latius probavimus in *decima quarta quaestione a principio usque ad finem*, et etiam ut dicimus de venditore, qui rem duobus vendidit, licet enim contractus sit perfectus ante rei traditionem, attamen, quia remanet facienda tradi-
tio, ille emptor praeferretur, cui prius facta fuerit traditio, 5
l. quoties, 8. *c. de rei vindicat*. ibi. *Quoties duobus in solidum praedium jure distrahitur, manifesti juris est, eum, cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorem, et textum in l. qui tibi*. 6. *c. de haered. vel action. vendit*. et est in puncto.

Sic et in casu nostro, licet constituatur servitus etiam per instrumentum, sub conditione tamen illam realiter constituendi, quando purificata fuerit conditio, scilicet, si navis ex Asia venerit, quid implicat, talem contractum remanere in pendenti, donec, et usquequo verificetur conditio; nam si mihi vendidisti fundum cum hoc pacto, ut posses per eum aquam ducere ad alium tuum praedium, si antequam rivum
faceres lapsum sit tempus ad amittendam servitutem, atta- 6
men nihil officit talis lapsus temporis, cum nondum rivus fuerit factus, et ita nihil juris amitto, quia licet sit constituta servitus, attamen nondum realiter dicitur constituta, nisi facto rivo, textus *ad literam in leg. si partem*, 19. *ff. quemadmod. servitut. amittantur*, et est in terminis, quid enim implicat, si ita contrahentes inter se ita convenerint, ut promittatur, vel melius concedatur servitus, cujus executio reservatur ad tempus purificatae conditionis, et tunc vere, et realiter constituatur sub conditione, scilicet, inchoativa; licet ergo *Castillus lib*. 1. *de usufructu. cap*. 11. *sub n*. 6. teneat contrarium, et non recte; si vero ipse dicere velit, servitutem non posse sub conditione inchoativa constitui ve-

re et realiter cum effectu, ipso jure non tenet, est enim con-
tra dispositionem *l. servitutes*, 4. *ff. de servitut.* veramta-
men obstabit pactum conventum, juxta pariter dispositionem
ejusdem, *l. servitutes*; sicuti etiam obstabit idem pactum in
conditione extinctiva, quae sine dubio ipso jure non subsi-
stit: tamen ratione pacti conventi obstabit exceptio, et in hac
extinctiva conditione recte loquitur *Castill. loc. sup. cit.*

Redeundo igitur ad nostram propositam quaestionem,
quae nam sit ratio, quare ususfructus respectu temporis sit
7 dividuus, et servitutes reales non possint dividi: nam, ut
diximus, servitutes de jure civili nullo modo possunt consti-
tui ex die, vel ad diem, in tempore, vel ad tempus, nec sub
conditione, quod secus est de jure praetorio, ait *text. in*
8 *dict. l. servitutes.* 4. Diversum tamen est in servitute perso-
nali ususfructus, quae ad diem, ad tempus, in die, vel in
tempore, ut sub conditione constitui potest, *l. ususfructus*,
4. *ff. de usufructu*, et idem ampliatur in nudo usu *ex lib.*
5. in fine ejusdem tituli; itaque, si ususfructus constitutus
sit ad diem, eo ipso die finietur, *l. et puto*, 16. ₰. *ususfru-*
ctus, *ff. familiae erciscundae*, in illis verbis. *Ususfructus*,
et ex certo tempore, et usque ad certum tempus, et *alter-*
nis annis adjudicari potest.

9 Hinc cum servitutes reales sint tamquam qualitates prae-
diorum, quae ipsis praediis adeo cohaerent, ut eadem prae-
dia ita qualiter se habeant, ex data hac cohaerentia insurgit
10 differentia inter servitutes reales, et personales autem non
adhaerent praedio, sed personae, cum scriptum sit, usum-
fructum esse jus percipiendi fructus, salva rerum substantia
lib. 1. ff. de usufructu. Cum ergo haec jura sint hominum,
non praediorum, nihil prohibet, haec jura hominibus dari
ex tempore, vel ad tempus. Ideo postquam servitutes reales
sunt constitutae ad tempus, vel in tempore, etc. non possunt
ullo pacto suspendi, sed perpetuo durant, ut diximus in
exemplo obligationis prope finem antecedentis quaestionis,
quae nullo pacto ab eis possunt evelli, nisi certis modis a le-
ge statutis. Ita explicat *Cujacius in lib.* 4. *ff. de usufructu*,
11 *et in lib.* 4. *ff. de servit.* Cum autem servitus usus, et usus-
fructus habere possint intermissionem ex duplici capite. Pri-
mo ex conventione, secundo ex propria natura, id tantum
usus durat, vel ususfructus, in quantum utitur, nam si Ti-
12 tio concedatur ususfructus in aliquo fundo per mensem, et
eo finito concedatur Sempronio ususfructus, haec non est una
servitus, sed plures sunt servitutes non continuae: servitu-
tum autem realium una est tantum natura, et haec continua,
quae semel impressa fundo semper durat, et una est, at con-
tinua, licet fundus serviens vadat ad alias manus, semper
erit eadem servitus, una scilicet, et continua, ut eleganter
docet *Castillus lib. 1. cap. 11. sub n. 19. usque ad finem*,
ad quem me remitto.

Et ego addam aliam differentiam specificam inter usum-
fructum, ut servitutes reales, quam adhuc non vidi ab inter-
pretibus, tactam, et adductam; quando enim litigatur pro
13 servitute, exempli gratia; plures sunt socii, qui habent fun-
dum communem, cui debetur servitus, si unus causam com-
munem defendat in materia servitutis, sententiaque sequa-
tur non dabitur personae, sed praedio, extra dentes loquitur
Papinianus in *l. qui aliena*, 33. ₰. *uno defendente*; *ff. de*
negotiis gestis, in haec verba. *Uno defendente causam com-*
munis aquae sententiae praedio datur, sed qui sumptus
necessarios, ac probabiles in communi lite fecit, negotio-
rum gestorum actionem habet. Imo *Glos. in dicto* ₰. *in*
verbis communis aqua, extendit dictum in actione negato-
ria pro defendendo fundo communi a servitute, ita ut unus
judicis sit declarare quatenus intentata fuerint negatoria, fun-
dum communem esse liberum a servitute. Ecce tam in con-
fessoria, quam in negatoria sententia danda est praedio, illud
declarando servum, vel liberum.

In servitute autem ususfructus sententia non datur prae-
dio, sed usufructuario, qui utitur fructibus, ut fruitur, sal-
va rerum substantia, nam totum negotium fundatur in per-
sona, non vero in re, at in servitute reali totum negotium
versatur in eadem re, cum, servitus dicatur realis, quia a re
rei debetur; et ideo jus decernitur inter praedia; merito quo-
ties servitus fuerit impressa praedio, cum non recipiat, neque
diem, neque conditionem, neque tempus, sed semper duret,
quia natura sua non recipit intermissionem prout facit usus-
fructus: ideo servitus dicitur individua, et ususfr. dividuus.
14 Sed dices: nunne etiam potest servitus, exempli gratia,
aquaeductus intermitti, ac interpolari; quia horis dividi pot-
est, ut probat text. *in l. cum constet*, 5. *ff. de aqua quo-*
tidiana, et *aestiva*, in haec verba. *Cum constet non so-*
lum temporibus, sed etiam mensuris posse aquam dividi,
potest etiam eodem tempore alius quotidianam, alius ae-
stivam aquam ducere: ita ut aestate dividatur inter eos
aqua, hyeme solus ducat is, qui quotidianae jus habet,
et per text. in *l. Lucio Titio.* 4. *eodem tit. ff. de aqua*
quotidiana, et *aestiva*, ubi Julianus habet haec verba.
Lucio Titio ex fonte meo, ut aquam duceret concessi,
quaesitum est, an, et Maevio concedere possim, ut per
eumdem aquaeductum aquam ducat; et si putaveris posse
cedi per eumdem aquaeductum duobus quemadmodum uti
debeant? Respondi; sicut iter, actus, via, pluribus cedi,
vel simul, vel separatim potest, ita aquae ducendae jus 15
recte cedetur. Sed si inter eos, quibus aqua concessa est
non convenit, quemadmodum utantur, non erit iniquum
utile judicium reddi: sicut inter eos, ad quod ususfructus
pertinet, utile communi dividundo judicium reddi pleris-
que placuit. Ergo dum constat aperte, etiam servitutes rea-
les posse habere interpolationem, et intermissionem de jure
civili, nam de jure praetorio non est dubium dicta, *l.* 4.
ff. de servitutibus, intendum est etiam servitutem realem
ad tempus dividi posse juxta servitutem ususfructus; imo
clarius ex. *l. via*, 5. *ff. de servitutib.* ubi habet haec verba.
Via, iter, actus, haustus aquae, eisdem fere modis con-
stituuntur, quibus et usumfructum constitui diximus. Post-
ea subjungit (retento themate, quod servitutes constituun-
tur iisdem modis, quibus ususfructus constituitur.) *Usus*
servitutum temporibus secerni potest, forte ut quis post 16
horam tertiam usque in horam decimam eo jure utatur:
vel et alternis diebus utatur; quid implicat testatorem im-
ponere servitutem in suo fundo, vel viae, vel itineris, vel
aquaeductus Antonio, ut hoc anno ire possit ad suum fun-
dum, vel ut aquam ducat toto hoc anno ad irriganda sua
bona; deinde, elapso anno, eamdem servitutem leget Fran-
cisco, et tertio anno leget Sempronio, nam eodem modo pot-
est servitus ususfructus constitui, ergo et eodem modo ser-
vitutes reales, ergo frustra quaeritur disparitatis ratio inter
constitutionem ususfructus, et servitutum realium.

Argumenta videntur efficacia, sed medullitus ponderata
in fumum resolvuntur. Respondetur ergo, adhuc esse diffe-
rentiam inter usumfructum, et servitutes reales. Nam servi-
tus realis, seu potius usus servitutis habet duplicem inter-
missionem, vel eam habere potest. Primam ex partium con- 17
ventione. Secundam ex natura ejusdem servitutis. Ex con-
ventione, ut est in exemplo allato in *d.* ₰. *usus servitutum*,
utendo alternis mensibus, vel annis, vel ab hora tertia in
decimam, attamen intervalla dierum, vel annorum non per-
tinet ad temporis causam, hoc est ad ipsam servitutem, sive 18
ejus constitutionem, ut sit ad tempus, vel conditionem, sed
ad modum constitutae servitutis, prout explicat Papinianus
in dicta l. servitut. 4. ₰. *modum. ff. de servitutib.* quando
dixit. *Modum adjici servitutibus posse constat: veluti, quo*
genere vehiculi agatur, vel non agatur; veluti, ut equo
dumtaxat, vel ut certum pondus vehatur: vel ut res illae
transducantur: aut carbo portetur, amplist postea dictum
Papinianus, dum sequitur dicendo. *Intervalla quoque die-*
rum, non ad temporis causam (hoc est, ut non dicatur
constituta servitus ad tempus) *sed ad modum pertinent ju-*
re constitutae servitutis. Haec ergo dicitur intermissio per
conventionem.

Intermissio vero, seu interpolatio ex natura sua contingit 19
in servitutibus rusticorum praediorum, nam quis semper ire
non potest, aut agere, aut etiam aquam ducere, vel quia non
expediat, vel quia aqua non est continua: sed tantum aesti-
va, probat *l. servitutes*, 14. petra scandeli interpretum sup-
ponentium servitutem itineris, vel actus non esse continuam,
de qua suo loco, et tempore agemus, et demonstrabimus ve-
ritatem, et errorem, in quo lapsi sunt interpretes, quibus
suppositis.

Servitutes quocumque modo habeant interpolationem, vel 20
intermissionem, una est, et continua: nam praedium quod
servit, nunquam desinit servire, quia eo tempore, quo non
servit non dicitur propterea liberum, nam servitus continua
est, *l. prima* ₰. *hoc interdictum*, *ff. de aqua quotidian. et*
aestiv. in illis verbis. *Quotidiana autem aqua non illa est,*
quae quotidie ducitur: sed ea quae quis quotidie posset uti,
si vellet, quamquam quotidianam interdum hyeme ducere 21
non expediat, etsi duci posset. Sed clare aliis verbis ibid.
Ea quoque dicitur quotidiana, cujus servitus intermissio-
ne temporis divisa est, clarius, ut mox subjicitur.

Pecchii = de Servitutib. = 12

Non sic est servitus ususfructus; nam si ususfructus divi-
22 sus est temporibus, non est unus tantum ususfructus, sed plures sunt, textus *ad literam in l. cum ususfructus*, 13. *ff. de usufructu legato* in haec verba. *Cum ususfructus alternis annis legatur, non unum, sed plura legata sunt. Aliud est in servitute aquae, et viae: viae enim servitus una est, quae natura sua habet intermissionem.* Explicat ibi *glos.* in hoc verbo, *intermissionem*, id est intervella, et per *textum in l. si duobus*, 2. *ff. quibus modis ususfructus amittatur*, in haec verba. *Si duobus separatim alternis annis ususfructus relinquatur, continuis annis proprietas nuda est, cum si legatarium unum substituat, cui alternis annis legatus sit ususfructus, plena sit apud haeredem proprietas eo tempore, quo jus fruendi legatario non est. Quod si ex duobus illis, alter decedat per vices temporum plena proprietas erit: neque enim accrescere alteri quicquam potest, quoniam per propria quisque tempora non concurrente altero, fructus alteros habuit. Si non mors sed capitis diminutio intercesserit, quia plura legata sunt illius anni tantum (si modo jus fruendi habuit) ususfructus amissus erit.* Et per *text.* in *lib.* 1. *ff. quibus modis ususfructus amittatur*, in illis verbis. *Quamquam ususfructus ex fruendo consistat facto aliquo ejus, qui fruitur, et utitur; tamen semel cedit dies, aliter atque si cui in menses, vel dies, vel annos singulos, quid legetur: tunc enim per dies singulos, vel menses, vel annos dies legati cedit. Unde quaeri potest, si ususfructus, cui per singulos dies legatus sit, an semel cedat. Et puto non semel cedere: sed per tempora adjecta, ut plura legata sint, et ita lib. 3. digestorum. Marcellus probat in eo, cui alternis diebus ususfructus legatus sit, qui quotidie percipi non potest, non erit inutile legatum: sed dies ii legatum habebunt, quibus uti frui poterit*, et ita explicat Cujacius pro comprobatione nostrae conclusionis, quae cum erudite, et fundamentaliter loquatur non me piget huc referre ejus verba. *Notandum est etiam, cum haec intervalla adjiciantur, non videri servitutes constitutas ex tempore, vel ad tempus; quia ita modus servitutis adjicitur ex intervallo, et divisione temporum. Hoc est quod ait hic* §. *intervalla dierum, vel horarum, quibus scilicet intermittitur servitutum usus, non pertinent ad temporis causam, idest non videantur a tempore, vel ad tempus constitutae. Hoc est etiam, quod traditur* §. *ultimo legis proximae. Usus servitutum temporibus secerni potest, ipsa quidem servitus non potest. Nunc notandum unam, et perpetuam esse servitutem, et continuam, licet intermissione temporis divisa sit, ut quotidiana est aqua, licet intermissionem habeat, l. 1.* §. 1. *de aqua quotid. et aestiva, servitus, aut usus servitutis habet intermissionem dupliciter; ex conventione, et ex sui natura. Ex sui natura, ut servitutes rusticorum praediorum, ut iter; nec enim quis semper ire potest. Idem dicendum de similibus l. servitutes 14. hoc tit. l. ususfructus 13. usufructu. Quocumque autem modo servitus habeat intermissionem, una est, et continua. Ex eo intelligimur, eo tempore, quo non licet uti servitute, praedium non desinere servire, nec esse liberum, quia continua est servitus. Notandum diversum esse in usufructu. Nam si divisus est temporibus ususfructus, non unus est ususfructus, sed plures sunt. Et ideo eo tempore, quo non licet uti, frui proprietas plena pertinet ad proprietarium. Hoc ostenditur, l. si duobus 2. quibus modis ususfructus amittitur. Idem ostenditur, lib. 1. quando dies ususfructus legat. ced. l. cum ususfructus 13. usufr. lega. Videamus, quae sit ratio differentiae. Haec est, nam servitutes inhaerent praediis, etiam si eis uti non possimus, per quaedam intervalla. Nam hae sunt insitae, et impressae praediis, sunt enim praediorum qualitates. Ususfructus autem cohaeret personae.*

Denique non potest esse sine personae quae uti, et frui possit, etiam si non utatur. Ex quo apparet, servum haereditarium non posse acquirere usumfructum ante aditam haereditatem, quia ipse servus frui non potest. Ipsa autem haereditas in hac causa, non sustinet causam, et personam defuncti. l. haereditas 61. *ff. de acquirend. rerum domin. l. ususfructus*, 26. *ff. de stipulat. servor. Quid dicemus, si ususfructus alternis diebus legatus sit. Tunc eo die, quo usufructuarius frui non potest, videtur desinere, rursus postero die videtur renasci. Atque ita plura sunt legata, et plura jura hominis. Ergo quamdiu persona uti potest, tamdiu ususfructus manet, cum uti non potest, cessat ususfructus, quia tunc nec est, nec intelligitur esse. Se-*
23 *cus est in servitute, nam servitus semper cohaeret praedio, etiamsi is, propter cujus praedium concessa est, ea uti non possit, quia servitus sine persona esse potest, non sine praedio. Ergo divisio temporis non dividit servitutem. At divisio temporis usumfructum dividit, et plures ususfructus facit.*

QUAESTIO V.

An stipulatio ususfructus, et aliarum servitutum realium sit, dandi, aut faciendi.

SUMMARIUM.

1. Stipulatio servitutis realis, sicuti et personalis, an sit dandi, vel faciendi.
2. Patientia in juribus incorporalibus stat loco traditionis.
3. Actio personalis ad constituendam servitutem non praescribitur, nisi spatio 30. vel 40. annorum.
4. Actiones vero reales pro servitutibus decem annis inter praesentes, et viginti inter absentes praescribuntur.
5. Promissor servitutis realis ad duplicem patientiam tenetur, videlicet ad primam, quando vere, et realiter constituitur servitus, ut patiatur constitui, ad secundam, quando jam est constituta, ut acquirentem non molestet in usu ejusdem servitutis, et ut alterius hic explicatur.
6. Promittens enim, similiter promittere factum.
7. Stipulatio dandi, vel faciendi, vel ejus substantia in qua consistat, hic late explicatur.
8. Promissor in stipulatione dandi nunquam liberatur, nisi dominium rei transferatur in stipulatorem.
9. Promissor vero stipulationis faciendi nihil tenetur transferre in stipulatorem, licet relinquat aliquod opus post se.
10. Verbum facere, quandoque comprehendit etiam verbum dandi, etiam in stipulatione dandi, sed tunc consideratur, quod principaliter agitur.
11. Stipulatio mixta continetur in stipulatione dandi, et faciendi, et quae nam dicatur stipulatio mixta hic quoque late explicatur.
12. Verba simplicia continent etiam mixta.
13. Servitutis realis substantia consistit in praediis, et illius negotium totum inter praedia versatur, eaque ratione realis dicitur quia a re rei debetur.
14. Stipulatio servitutis realis, quia tota fundatur in praediis, licet de se valeat, attamen versatur circa constitutionem servitutum, non existente praedio et ipsa evanescit, et sic negotium principale servitutis realis sunt praedia, quibus non existentibus evanescit, et ipsa stipulatio, quae est accessoria.
15. Servitutes reales sunt qualitates praediis impressae, ut quidquid postea eveniat nihil eis officiat, etiamsi alienentur.
16. Datio, et factum, quando concurrunt circa unum, et idem negotium semper attendendum est, quod principaliter agitur praecipue in materia stipulationis servitutum realium, et hic copiose explicatur.
17. Servitus per res inanimatas perpetuatur.
18. Aqua postquam facto hominis fuit ducta, et defluxit, si postea intra annum sequentem de se defluat perpetuat servitutem.
19. Testamentum sigillatum, si de se aperiatur non propterea annullatur, nec quaeritur a quo tabulae sint apertae.
20. Stipulatio dandi requirit certitudinem rei tradendae, secus faciendi et vide n. 22.
21. Verbum *dare*, importat, omnimodam dominii translationem.
22. Stipulatio incerta, quomodo dicatur, et quando certa, ad effectum, ut dicatur esse dandi, vel faciendi; vel quando res deducta in stipulatione dicatur certa, vel incerta hic copiose explicatur.
23. Stipulatio servitutis, continet rem incertam, ut hic diffuse explicatur.
24. Stipulator servitutis non potest eligere locum ad constituendam servitutem, etiamsi indefinite sit concessa.
25. Quaedam in sermone excipiuntur tacite, etiamsi non exprimantur.
26. Acquirens in constituenda servitute, illam constituere debet ad minus damnum concedentis.
27. Usus, et patientia in materia servitutum, quae stant loco traditionis sunt incerta.
28. Facta sunt incerta, nec ante subsistunt, nisi postquam facta sunt, et ideo neque eandem, etsi non praestentur, ad quanti interest tenetur promissor, sive sit in faciendo sive non faciendo.
29. Lex prohibens aliquem laedere, includit etiam, ut quis prohibeat, ne laedatur, vel etiam laedere volentes, quando potest, et non prohibens dicitur in vitio.
30 Servitutes reales transeunt in emptorem tam active, quam passive.
31. Cui stipulatum est sibi domum fieri, tenetur dare lapides, caementa, et alia materialia.
32. Cujacius tenet, stipulationem servitutis esse dandi, non faciendi.
33. Dari non potest, nisi, quod est facilius, tradatur.
34. Error adversantium affirmantium stipulationem servitutis esse dandi, non faciendi, hic adducitur.
35. Jus servitutis non oritur ante constitutionem ipsiusmet servitutis, sed post ipsam realem, constitutionem, quia tunc datur actio confessoria, et servitus definitur in suo esse constituta, non ante, praecipue quia stipulatio dependet, et connectitur a fundo, non ab ipsa stipulatione, quod secus est in stipulatione dandi, nam ea contracta, statim resultat jus.
36. Constitutio servitutis est negotium principale, quae sussiiect stipulationem.
37. Definitio servitutis non est in potentia, sed in actu, et in suo esse constituta.
38 Possessor in materia servitutum quis dicatur, hic explicatur.
39. Mandatum de manutenendo concedi nequit nisi ei, qui habet quasi possessionem servitutis.
40. Possessionem vacuam tradere, est mali facti.

41. Dominus serviens tenetur praestare cautionem de non impediendo dominantem in usu servitutis.
42. Stipulatio dandi habet in se jus perfectum, neque e re tradenda aliquod jus ab ea mutuatur, sed traditio illa venit in consequentiam quod secus est in stipulatione servitutis.
43. Stipulatio servitutis, videtur consistere in dando secundum l. omnium 3. ff. ususfruct. in sententia adversantium.
44. Lex omnium 3. ff. de usufruct. interpretatur circa illud verbum, *dare* quid importet.
45. Ususfructus, est res incerta.
46. Verbum, *dare*, in l. c. usurpatur pro tradere.
47. Verbum, *dare*, tunc importat dominii translationem quando res deducta in stipulationem est certa.
48. L. ubi autem §. fin. et l. si servum, §. effectus, ff. de verbo. obligat. declaratur quomodo habeant locum in stipulationibus.
49. Promissor rei incertae solvendo interesse liberatur.
50. Stipulatio servitutis continet incertum ab utraque parte, cum stipulatoris, tum promissoris.
51. Praestatio patientiae idem operari videtur in juribus incorporalibus, quod operatur traditio in corporalibus secundum Alciatum, sed vide infra numero 57.
52. Traditio, et patentia servitutum indagit officium judicis.
53. Restitutio in actionibus realibus fit judicis officio mercenario; in actionibus vero personalibus officio judicis nobili.
54. Promissor servitutis, si tenetur ad factum sequeretur, quod mortua re extingueretur servitus, quod videtur falsum.
55. Patentia in materia servitutum venit in consequentiam, non principaliter secundum Alciat.
56. L. stipulat. 2. ff. de verborum obligatio. § et harum cum aliis sequentibus loquuntur de stipulationibus, loquuntur de stipulationibus dandi non faciendi.
57. In servitutibus disparem esse rationem in traditione rerum corporalium, et incorporal., et quaenam sit haec disparitas hic assignatur.
58. Judex ex officio cogere debet latitantem, servitutem constituere per immissionem in bona illius ex primo, et etiam ex secundo decreto.
59. Non datur in jure illa decantata distinctio a doctoribus de officio judicis nobili, et mercenario.
60. Erubescimus cum sine lege loquimur.
61. Alciatus per auctorem redarguitur.
62. Judex ex officio tenetur inspicere an reus possideat, in actione rei vindicationis, neque tenetur inquirere, ex qua causa possideat, sed tenetur supplere etiam ea, quae partes non potuerunt, scilicet fructus, et deteriorationes, et latius ut hic.
63. Alciatus improbatur dum affirmat in actionibus personalibus judicem interponere officium suum nobile, quia hoc non probat.
64. Judex judicare debet in omnibus causis secundum leges, et constitutiones, nec non, et secundum consuetudines approbatas.
65. Officium judicis est, inservire actionibus intentatis, et supplere, quod partes forsan inadvertenter praetersunt.
66. Judicem dare, vel mittere in possessionem non importat judicis officium nobile, ut licet pedanei, quidam dicantur.
68. Actionibus in realibus intrat arbitrium judicis.
69. Actio rei vindicationis dicitur arbitraria.
70. Possessor, qui non potest rem ab eo possessam restituere, et dolo fecit, quo minus restituere possit, sine ulla taxatione in infinitum, quod juraverit petitor, erit restituendum, secus si non dolo, non pluris, nisi quanti res est, et hoc observandum est tam in actionibus realibus, quam etiam personalibus.
71. Arbitrium judicis est ejus officium jubere, vel ut res praestetur, aut cautio.
72. Judex inhibere debet, ut adversarius vitium emendet parietis, et idoneum praestare.
73. Cautio vero, ut jubeat de reficiendo pariete, cavere neque se neque successores suos prohibituros altius tollere, sublatumque habere, et si cavit absolvatur, si rem non praestet, neque cautionem, tanti condemnet, quantum actor in litem juraverit.
74. Obligationis conditio ex persona haeredum non immutatur.
75. Servitus in solidum transit ad haeredes tum stipulatoris, tum promissoris.
76. Haeres praestando solidum habet petitionem a singulis judicio familiae erciscundae.
77. Omnis stipulatio sive in dando, sive in faciendo, sine mintione transit ad haeredes etiamsi de eis nulla facta sit mentio.
78. Verbum, *dare*, continetur in verbo, *facere*.
79. Dictio, *omnis*, omnia includit, et nihil excludit.
80. Stipulationes, quae sunt in faciendo natura sunt individuae.

1 Haec quaestio est valde controversa inter doctores, multi multa dicunt, et videntur quodammodo interpretes inter se divisi, plures probant opinionem esse dandi, alii esse dandi, et faciendi, alii tantum esse dandi, quas omnes sententias refert Castillus *de usufructu capit.* 13. *l.* 1. hanc eamdem quaestionem et nos resolvimus, *lib.* 1. *de aquaeductu cap. quarto quaest.* 2. ubi contra Bartolum, et Glos. sustinuimus hanc stipulationem esse dandi non faciendi, et quia fabricando fabri fimus, aliud nobis videtur statuendum, in hac praesenti quaestione, quia sapientia est mutare consilium, tamen cum declaratione, ut prope finem hujus quaestionis apparebit, et rationibus per nos ibi adductis respondebimus in quaestione sequenti 6. quia magis adaequantur, vel potius contrariantur iis, quae ibi dicturi sumus. Ideo pro resolutione in primis praemittenda est doctrina allata per Alciatum *in l. stipulationem*, 2. ꝯ *et harum sub n.* 35. *ff. de verborum obligationibus*, quae inservient pro primo notando in haec verba,

Debent juvenes pro intelligentia terminorum scire, quod quando aliquis debet dare rem corporalem, eam dando mediante traditione liberatur, *l. traditionib. c. de pactis.* Sed quando quis debet dare aliquod jus, puta viam, vel iter per simplicem constitutionem servitutis non liberatur, nisi accedat patientia, qua debitor constituat servitutem, et patiatur creditorem ea uti, quia cum traditio non possit procedere in
rebus incorporalibus, ejus loco successit patientia, ut est tex. 2
in leg. quoties ultim. ff. de servitut. et declarat Aretinus in leg. quod meo in quaestionibus, Bart. ff. de acquisit. possess. in proposito ergo si tu deberes mihi viam ante praestitam patientiam, non diceretis esse liberatus, nec diceretis dedisse viam, et consequenter non competeret creditori aliqua actio realis, sed personalis tantum per quam compellereris ad
constituendam viam, et ad praestandum usum seu patien- 3
tiam: et ista actio non praescriberetur nisi longissimo tempore *l. si partem ff. quemadmod. servitut. amittantur*, licet
aliae actiones, quae competunt servitute jam constituta tol- 4
lerentur decem vel viginti annis, ut notat in *l. corruptionem, c. de usufructu.* Et sic pro intelligentia sciendum est
debitorem viae teneri ad duplicem patientiam; prima est ut 5
quando constituitur via, non dicatur perfecte constituta, nisi ubi debitor promisit creditori, ut uteretur servitute saltem per unicum actum: nam tunc dicetur plene constituta dicta, *l. quoties*: idem si permisit, ut faceret praeambula ad talem usum: verbi gratia si cum deberes mihi servitutem ducendae aquae de fonte tuo in fontem meum, si praestitisti patientiam faciendi rivum, seu cavum per quem aquam ducerem diceris constituisse servitutem dicta, *l. si partem in principio*, quem text. ad hoc notat Aretinus in dicta *l. quod meo*, licet aque deinde non duxerim. Si ergo aliquis debitor servitutis, ex stipulatu non constituat servitutem, vel constituat inducendo me in fundum, sed non patiendo me uti, non dicetur transtulisse jus aliquod, quia non tradidit, unde agam contra eum actione ex stipulatu, ex quo promisit mihi servitutem, et non dedit: quia non dicitur dedisse, nec aliquod jus reale transtulisse, nisi saltem secuto isto primo usu, ut declarat hic Paulus Castillus, et fa. Text. *in l.* 3. ꝯ. *reddita ff. commod. et l. Julianus*, ꝯ. *qui fundum.* Secunda patientia est, quae debetur, ubi servitus jam est constituta, et jus translatum: puta, cum deberet mihi viam ex stipulatu, constituisti eam, et permisisti me uti, certe per hos actus translatum est jus in me, deinde me turbas, et non pateris amplius quod utar, quomodo mihi succurretur; et clarum est in tali casu, si me turbas, quia neges servitutem mihi competere, potero agere confessoria actione, ꝯ. *aeque instit. de actionibus.* Et potero, cogere te ut caveas, ne in futurum molestet. *l. harum, et l. ugi, ff. si servitus vindicetur*; quae remedia competunt etiam contra quemlibet extraneum turbantem, *l. si quis diuturno ff. si servitus vindicetur.* Si vero me simpliciter turbas, quia asseris etiam te possidere, competit interdictum uti possidetis, dicta, *l. quoties, et ibi glos.*
Sed numquid potero agere ex stipulatu, quando promissor, 6
qui jam constituit, me turbat nec praestat patientiam; et in isto casu stat quaestio doctorum hic, quia ubi jus a principio fuit in me translatum per constitutionem viae, et primam patientiam, videtur quod promissor fuerit liberatus ab illa stipulatione. Et resolutio hujus difficultatis pendet ex veritate quaestionis tactae hic per doctores. Istis sic praemissis dicit Glos. quod qui promittit viam dicitur promittere factum, quia tenetur praestare patientiam, et ista Glossa potest habere duplicem intellectum, primo ut intelligatur de patientia, quae requiritur, ad hoc ut transferatur jus et sic de prima patientia, et ita eam declarat Aretinus, secundo ut intelligatur de ea, quae requiritur ex post facto, ubi jus jam fuit translatum, et ita intelligit Socinus, et alii moderni, haec Alciatus.

Secundo est notandum in quo consistat substantia, seu es-
sentia stipulationis dandi, vel faciendi. Essentia ergo stipu- 7
lationis dandi in eo consistit, ut cum stipulor mihi decem dari, vel Sticum, vel Pamphilum, vel hominem, vel equum,
vel bovem, vel vas aureum, vel argenteum. Stipulatio igitur 8
dandi importat dominium sive rei proprietatem transferre. *l. ubi autem*, 75. ꝯ. *hanc stipulationem, ff. de verborum obligat.* in haec verba. *Hanc stipulationem fundum Tusculanum dari; Ofilius ait certi esse, continereque, ut dominium omnino efficiatur stipulatoris quoquomodo.* idem probatur *in* ꝯ. *sic itaque discretis, instit. de actio. n.* 6. in haec verba. *Sic itaque discretis actionibus, certum est non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere, si apparet eum dare oporte-*

re. *Nec enim quod aetoris est, id ei dari oportet: scilicet,*
quia dari euiquam, id intelligitur, quod ita datur, at ejus
fiat. Nec res, quae jam actoris est, magis ejus fieri potest.
concordat textus pariter *in l. non videntur* 128. *ff. de re-*
gulis juris io haec verba. *Non videntur data, quae eo*
tempore, quo dantur, accipientis non fiunt. concordat pari-
ter ibidem *glos.* in verbis *non videntur.* veluti si vendidisti
mihi rem alienam, et tradidisti, si quoque non transtulisti
dominium, non eris liberatus, uec dicetur te adimplevisse
stipulationem dandi.

9 Stipulatio vero faciendi in eo consistit, ut facto nulla res
io stipulationem transferatur. Exempli gratia, stipulatus sum
a Titio insulam facere, vel domum. hoc io casu hic opus ali-
quod relinquo, sed nullam in te, exempli gratia, rem trans-
fero, quod secus est, si stipulor a te decem dari, vel fun-
dum. Nam eo caso, pecuniam tunc, quae penes me est, io
te transfero, et licet transferendo pecuniam, aliquid etiam
10 facium, nam Papinianus docet, verbum facere, dandi quoque
causam complecti, *l. verbum fuisse*, 218. *ff. de verbo signi-*
ficat. ibi, *verbum, facere, omnem omnino faciendi causam*
complectitur, dandi, solvendi, numerandi, judicandi, am-
bulandi: ut l. faciendi, 175. *ff. eod. tit. faciendi verba, red-*
dendi causa etiam continetur concordat. *l. licet* 58. *ff. eod.*
tit. ibi. *licet inter gesta, et facta videatur quaedam esse*
subtilis differentia: attamen inter gestum, et factum, nihil
interest. Verum factum illud iu consideratione non est, sed
dumtaxat dominii, sive proprietatis translatio attenditur,
quae datio est, *d. § hanc stipulationem.* Quin imo sub sti-
11 pulationibus dandi, et faciendi continetur etiam stipulatio
mixta; videlicet, ut faciendi, et dandi, *l. veteris*, 13. *c. de*
contrahend. et committend. stipulat. haec sunt verba. *Ve-*
teris suas altercationes decidentes, generaliter sancimus,
omnem stipulationem, sive in dando, sive in faciendo, sive
mixta, ex dando, et faciendo inveniatur. Exempli gratia
stipulatus sum a te rationes mihi reddi, haec stipulatio con-
sistit in faciendo. Nam primo e facto incipitur, at rationes
reddantur, dum ergo hoc facis, nihil in me transfers, post-
quam autem reddidisti rationes tunc fit transitus ad stipula-
tionem dandi, quia reddendo rationes pervenitur ad pecu-
niam, quae rationibus redditis superest, ut mihi eas des, *l.*
cum servus, 81. *in fine in vers. Itaque cum servo, ff. de*
condit. et demonstrat. ibi. *Itaque cum servo sub hac con-*
ditione testamento libertas datur, si rationes reddiderit,
non hanc solam habet significationem. si cautiones, instru-
mentaque omnia actus sui exhibuerit haeredi: sed etsi reli-
qua solverit, et ideo illa stipulatio dicitur mixta, quia con-
sistit partim in dando, partim in faciendo. Nec est novum
12 quod sub verbis simplicibus mixta quoque comprehendantur,
d. l. veteris, *et argument. textus in § quaedam actiones*,
instit. de action. ubi sub nomine actionis venit actio mixta
scilicet in rem, et in personam, haec sunt verba. *Quaedam*
actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem,
quam in personam, qualis est familiae erciscundae actio,
quae competit cohaeredibus de dividenda haereditate etc.

13 Notandum, et tertio in hoc differre servitutes reales a per-
sonalibus, quia servitutes reales debentur a re rei. Persona-
les vero personae debentur, *l. 1. ff. de servitut.* ibi *servitu-*
tes, aut personarum sunt, ut ususfructus, aut rerum, ut
servitutes rusticorum praediorum. In materia igitur servitu-
tum realium totum negotium versatur inter ipsa praedia, sive
urbana, sive rustica; itaque servitus, quae constituitur inter
praedia urbana, seu rustica non acquiritur personae, sed
praediis, quia sine praediis non potest constitui servitus rea-
lis. Probat *text. in l. 1. c. communia praediorum etc.* in il-
lis verbis. *Ideo autem hae servitutes praediorum appellan-*
tur, quoniam sine praediis constitui non possunt. Idem in
§ ideo autem instit. de servitut. in haec verba. *Ideo autem*
hae servitutes praediorum appellantur, quoniam sine prae-
diis constitui non possunt. Et quod negotium geratur inter
ipsa praedia probat text. *in l. si quis duas* 5. *ff. communia*
praediorum. ubi Ulpianus habet haec verba. *Si quis duas*
aedes habeat, et alteras tradat, potest legem traditioni di-
cere, ut vel istae, quae non traduntur, servae sint iis, quae
traduntur, vel e contra, ut traditae retentis aedibus ser-
viant: parvique refert, vicinae sint ambae aedes an non.
Idem erit, et in praediis rusticis: nam et si quis duos fun-
dos habeat, alium alii potest servum facere tradendo. Et si
principaliter servitutes reales sunt inventae, ut unum prae-
dium alteri serviat. Et quod hoc sit verum probatur ex *l. qui*
aliena 33. *§ uno defendente, ff. negotiis gestis.* ubi si unus
ex sociis respectu alicujus praedii causam defendat, respectu
servitutis, vel agendo negatoria non competere adversario
servitute in fundo communi, vel agendo confessoria, fundo
communi deberi servitutem ab altero fundo vicino, in utro-
que casu sive in negatoria, sive in confessoria sententia non
datur personae, sed praedio text. *est ad literam in dicto §*
uno defendente causam communis aquae. sententia praedio
datur, explicat *Glo. ibidem in d. verbo praedio. idest ad uti-*
litatem praedii, vel e contra: utpote cum servitus esset prae-
dii, et praedio accederet, et praedio deberi dicatur, ut in-
fra de servitutibus rusticor. praedior. l. via. § si fundus,
et § quaecumque. Sed quare erat dubitatio de sumptibus?
Responde, quia cum servitus sit res individua; videbatur
ratione individuitatis suam negotium gessisse, argument in
fin. qui potior. in pignor. habeantur l. si prior. § sciendum,
sed secus est, quia sententia datur praedio non personae:
et ideo aliis etiam prodest, et nocet: nisi agentis culpa in-
terveniat, vel collusio, ut hic, et infra, si servitus vindic.
l. Cujac. § si fundus, et l. si de communi, et argum. e si
unus ex plurib. l. 1. et fin. ideo sumptus repetuntur, ut hic
subjicit, et infra famil. erciscund. l. ex parte in princip.
et infra communi dividundo, l. si quis putans, § sive au-
tem, haec Gloss. igitur ratio fundamentalis, quare litigator
consequitur expensas in illa lite fuit, quia sententia datur
praedio, quod erat, commune, ideo repetuntur, quod aliter
esset dicendum, si data esset personae, quia cum beneficium
totum sit illius personae, ei non alii venit imputanda impensa.

In comprobatione supradictorum adducitur alia ratio fun- 14
damentalis, quae judicio meo valde stringit ad demonstran-
dum negotium principale in materia stipulationum servitu-
tum tractari inter praedia dominantia, et servientia, ut de-
ficiente uno praedio veluti dominante totum negotium infir-
mari, exemplum esse potest, si ego a vicino meo stipulatus
sim servitutem viae ad fundum meum, et antequam consti-
tueretur servitus, vere, et realiter ego alienavi talem fun-
dum, quia servitus viae non potest sustineri, nec constitui
sine fundo, ideo stipulatio illa evanescit. *Tex. est ad literam*
in l. si sub una 136. *§ si quis viam, ff. de verbo obligat.*
in haec verba. *Si quis viam ad fundum suum dari stipula-*
tus fuerit, postea fundum partemve ejus ante constitutam
servitutem alienaverit: evanescit stipulatio. Ergo signum est
negotium principale fundari in praediis, nec enim stipulatio
de se stare potest, nisi existant praedia quibus servitus ser-
vire debet, ita ut stipulatio interposita pro servitute nequit
dici subjectum principale trahens ad se accessorium, sed to-
tum contrarium est, nam anullato praedio, anullatur etiam
et ipsa stipulatio, imo nunquam servitus dicitur sortiri suum
effectum, nisi postquam est in esse deducta, quo in caso as-
sumit suas vires servitutis.

Hoc pariter comprobatur ex *l. si partem, ff. quemadmo-*
dum servitutes amittantur in haec verba, *si partem fundi*
vendo, lege caverim, ut per eam partem in reliquum fundum
meum aquam ducerem, et statutum tempus intercesserit, an-
tequam rivum facerem, nihil juris amitto, quia nullum iter
aquae fuit, sed manet mihi jus integrum, quod si fecissem
iter, nec usus essem, amittam. Ergo signum est totum ne-
gotium adhaerere praedio, cui acquiritur servitus, ut nisi ser-
vitus fuerit in suo esse deducta, et constituta nihil fiet, et
ita subjectum principale in constitutione servitutis dicuntur
praedia, quibus non existentibus omnia evanescunt; et ideo
cum servitutes sint qualitates impressae in iisdem fundis, 15
postquam sunt constitutae, quidquid postea eveniat, nihil
officit. *l. via* 23. *§ si fundus. ff. de servitutibus rusticorum*
praediorum, in haec verba. *Si fundus serviens, vel is, cui*
servitus debetur, publicetur, utroque casu durant servitu-
tes: quia cum sua conditione quisque fundus publicatur.

Hanc nostram doctrinam comprobat, *Jacob. Mandell. in*
l. 4. § Cato. n. 28. *ff. de verbo. obligat.* in haec verba. Quar-
to successive advertendum, aliquando, et datio, et factum
videntur concurrere circa unum, et idem negotium, et ta- 16
men non appellabitur negotium mixtum, sed denominabi-
tur ab uno tantum, ex simplicibus, scilicet ab eo, quod
fit principaliter, nam si datio fit propter factum, idest, ut
inserviat, facto, censebitur stipulatio seu promissio contine-
re factum absolute, et viceversa, si factum sit propter datio-
nem, censebitur absolute datio, ut utroque tradit. *Bart. in*
dicta l. naturalis. § quod si faciem, supra de praescript.
verbis. Paul. de Castr. in l. 5. § si fortem, qui est, § fin.
colum. 2. *n.* 3. *in fin. versic. in glos. ibi, sed speciale, in-*
fra eod. tit. Jason hic super octava opposit. Bart. seu u,

33. *et in l. si ita stipulatus fuero te sisti. § postum n. 2. infra eodem.* Exemplum primi est, quando aliquis promittit alicui dare servum, ut manumittatur, nam eo casu, quamvis dandus sit servus, et transferendum ejus dominium, et ita tenetur promissor ad dationem, seu ad jus, cum tamen talis datio fiat principaliter ad alium effectum, videlicet, ut manumittatur servus, et manumissio sit facti, censetur datio in servire facto, et totum negotium censetur consistere in facto, *ut per Bart. post glos. in dicto § quod si faciam*, et *clarius per Bart. in l. cum proponas, in prima lectura in principio, per illum textum, c. de dolo, ubi etiam Bart.* ad statutum distinguens, utrum poena adjiciatur facto, an vero adjiciatur dationi. Exemplum vero secundi idest, quando factum inservit dationi, sumitur *ex l. 5. § fin. in 2. responso infra eodem*, ubi de obligatione obediendi sententiae latae ex compromisso, idem statuitur, quod de obligatione dandi, et tamen parere sententiae est facti, sed ita statuitur, quia tale factum inservit dationi, nam effectus sententiae arbitri est, ut solvatur poena pecuniaria, *ut ibi Bart. in tertia oppositione, et clarius per Paul. de Castr. column. 2.* Haec ille doctor, qua doctrina stante certum est, in stipulatione servitutis realis totum negotium denominari a praediis, quibus imponitur, et acquiritur servitus, et consistit totum in facto, videlicet in constitutione servitutis pro praedio, et quidquid fit, dicitur factum contemplatione praediorum, non autem personarum, ea ratione, quia dicuntur servitutes reales, eo quod, a re rei debentur, *l. 1. ff. de servitut.* et stipulatio interponitur ad hunc effectum, ut res, rem aliam habeat, quae ei serviat, non enim acquiritur personae, sed rei, textus ad literam, *in l. unus ex sociis, 34. ff. de servitutib. rusticor. praedior.* in illis verbis. *Quamvis enim a unquique sociorum solus sit, cui servitus debetur, tamen quoniam, non personae, sed praedio debetur, neque acquiri libertas, neque servitus*
17 *remitti pro parte poterit.* Quin imo, etiam per res inanimatas perpetuatur servitus, habemus exemplum in *l. 1. § quaesitum est, ff. de aqua quotid. et aestiv.* de eo, qui ante annum aquam duxerat, sequenti vero anno, aqua de se influxit sine aliquo hominis ministerio; huic, qui ante annum duxit, competit interdictum de aqua quotidiana, et aestiva, haec sunt ejus verba. *Quaesitum est si quis ante an-*
18 *num aquam duxerit, deinde sequenti tempore (hoc est intra annum) aqua influxerit ipsa sibimet penitus, non eo ducente, an huic interdicto locus sit? Et refert Severus Valerius, competere ei hoc interdictum quasi duxisse videatur, licet perspicientibus, non videatur iste duxisse*, et Clarius *in l. qui fundum, 12 ff. quemadmod. servitut. amittantur.* haec sunt verba. *Qui fundum alienum bona fide emit, si itinere, quod ei fundo debetur, usus est, retinet id jus itineris: idque et si precario, aut vi dejecto domino possidet, fundus enim qualiter qualiter se habens, si ita in suo habitu possessus est, jus ejus non deperit. Nec refert juste, nec ne possidet, qui talem eum possidet. Quare fortius, et si aqua per rivum sua sponte profluxit, jus aquae ducendae retinetur*, notanda sunt verba illa, *fundus enim qualiter qualiter se habens, si ita in suo habitu possessus est, jus ejus non deperit*, nota illud, verbum, (*jus ejus*) probat enim jus servitutis radicari in praedio, et per res inanimatas servitutem conservari, nempe per influxum aquae naturaliter defluentis per rivum manufactum; non enim quaerimus quis utatur servitute, sed sufficit, si aqua natura sua defluat, argumento ducto a *l. si duobus, 10. § si sua natura, ff. quemadmod. testament. aperiantur.* in haec verba. *Si sua natura tabulae patefactae sunt, apertum videri testa-*
19 *mentum non dubitatur. Non enim quaerimus a quo aperiantur.* Ita non quaerimus quis servitute utatur, sed sufficit, si naturaliter utatur, seu exerceatur, ad illam conservandam; hinc stipulatio inservit principaliter facto, scilicet constitutioni servitutis, quae est principale subjectum, pro quo interponitur stipulatio, ideo licet habeat aliquid juris, tamen quia ordinatur ad factum, ideo dici debet stipulatio faciendi, nam non facta servitute, nullum jus reale resultat, ex quo producatur actio confessoria, ut ex supradictis textibus apparet.

20 Notandum est, postea, quod ad contrahendam stipulationem dandi requiritur certitudo rei tradendae, textus ad literam *in l. ubi autem, 75. § hanc stipulationem, ff. de verbo. obligat.* haec sunt verba. *Hanc stipulationem, fundum Tusculanum dari? Ofilius ait, certi esse, continereque ut dominium omnino efficiatur stipulatoris, quoquomodo*, idem probat textus *in l. si ita 25. § qui vendidit, necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur, qui fundum stipulanti spopondit, ff. de contrahend. empt.* quia res est certa, dare tenetur, idest transferre dominium, seu dominum 21
facere stipulatorem, ut ait Justinianus *in § sic itaque discretis, inst. de actionibus*, in illis verbis, *scilicet quia dari cuiquam, id intelligitur, quod ita datur, ut ejus fiat*: ergo cum Ulpianus *in d. § hanc stipulationem*, dixit, certi esse, nempe stipulationem dandi debere esse certam, adhuc ut res detur, alias non poterit dici stipulatio dandi, quia es- 22
set incerta, et tunc dicetur stipulatio faciendi.

Quadrat mihi doctrina Connani in commentariis juris ci- 23
vilis, *lib. 6. cap. 3. n. 3* ubi, et ipse ita interpretatur per textum in *d. l. ubi autem. 75. ff. de verbo obligat.* ubi demonstratur, quando res in stipulatione dandi dicatur certa in haec verba. *Ubi autem non apparet, quid, quale, quantumque sit in stipulatione, incertam esse stipulationem dicendum est. Ergo si quis fundum sine propria appellatione, vel hominem generaliter sine proprio nomine; aut vinum frumentumve sine qualitate dari stipulatur incertum deducit in obligationem: usque adeo, ut si quis ita stipulatus, tritici africani boni modios centum; vini campani boni amphoras centum; incertum videatur stipulari, quia bono melius inveniri potest, quo fit, ut boni appellatio non sit certae rei significativa, cum id, quod bono melius, sit ipsum quoque bonum sit. At cum optimum quisque stipulatur, id stipulari intelligitur, cujus bonitas principalem gradum bonitatis habet, quae res efficit, ut ea appellatio certae rei significativa sit.* Quid magis in usufructu, ut probat *paragraphus fundi certi* in eadem *l. ubi autem*, ubi habentur haec verba. *Fundi certi, si quis usumfructum stipulatus fuerit, incertum intelligitur in obligationem deduxisse, hoc enim magis jure utimur.* Quoties ergo id, quod in stipulatione deducitur est incertum, statim dicemus intrare stipulationem faciendi, quia non potest de re incerta dominium transferri, ideo ad stipulationem faciendi est reducenda illa stipulatio, quae non continet rem certam argumento e contrario deducto ex *d. l. ubi autem ex d. § hanc stipulationem.*

Quod autem in stipulatione servitutis est deductum, sit incertum, e partium enumeratione demonstratur: nam regulariter loquendo, quando quis promittit servitutem, duo promisit, et servitutem constituere et ejus praedium servire alteri praedio. Primum est incertum, quia adhuc non constat ubi est constituenda servitus, licet enim indefinite esset concessa, non propterea est in facultate stipulatoris illam ad 24
sui placitum constituere, in eo fundo, qui servire debet, nempe vel per medias vineas, vel per medium praedium, sed ad minus damnum concedentis, quia quaedam in ser-
mone tacite excipiuntur, etiamsi non exprimantur, textus 25
est ad literam *in l. si cui 9. ff. de servitutibus*, ubi. *Si cui simplicius via per fundum cujuspiam concedatur, vel relinquatur, in infinito videlicet, per quamlibet ejus partem ire, agere, licebit, civili tamen modo. Nam quaedam in sermone tacite excipiuntur. Non enim per villam ipsam, nec per medias vineas ire, agere ipse sinendus est: cum id aeque commode per alteram partem facere possit, et minore servientis fundi detrimento* ergo quoad primum 26
servitus est incerta. Quoad secundum; praedium alteri servire non potest, nisi dominus servientis praestet patientiam, et usum, qui sunt loco traditionis, sed haec sunt incerta,
quia sunt facti; ut dicit Connanus in Commentar. *supra* 27
cit. num. 4. At, quae sunt facti semper incerta sunt; nec
ante subsistunt, quam facta sint, itaque condici nequeunt, 28
sed ex stipulatu agetur, et nisi impleantur ex lege conventionis, aestimabitur quanti intersit, factum fuisse, *d. l. ubi § qui id, ff. de verbo. obligat.* haec sunt verba. *Qui id, quod in faciendo, aut in non faciendo consistit, stipulatur, incertum stipulari videtur. In faciendo, veluti fossam fodi, domum aedificari, vacuam possessionem tradi. In non faciendo veluti per te non fieri, quo minus mihi per fundum tuum ire, agere liceat: per te non fieri, quo minus hominem mihi erotem habere liceat.* Et licet illa stipulatio sit concepta verbis negativis, nihilominus hoc exigit, ut aliquid fiat, quemadmodum lex jubet, neminem laedere, nam non
satis, est non laesisse, sed debet etiam prohibere, laedere vo- 29
lentes. Nam, qui nec defendit eos, quibus infertur injuria, nec obsistit, cum possit, est in vitio, ac si ipse inferret *l. in illa 50.* ubi Ulpianus habet haec verba. *In illa stipulatione, per te non fieri, non hoc significatur, nihil te facta-*

rum, quo minus facere possim, sed curaturum, ut facere possim. Item in stipulatione ampla haereditatis, quanta pecunia ad te pervenerit, dolo, ac malo tuo factum est, eritve, quo minus perveniat: nemo dubitabit, qui teneatur, qui id egerit, ne quid ad se pervenerit. haec volui addere, quia promissor non tenetur, veluti rivum facere stipulatori in suo fundo, sed pati debet, eum facere dominantem, nisi aliud inter eos conventum sit; cum ergo, non concurrant ea, quae enumerat *dict. l. ubi autem.* ad rem in stipulationem deductam, stipulatio, seu obligatio illa non dicitur certa, sed incerta, donec fuerit constituta servitus, et quia dicitur servitus realis, et agitur de ea constituenda, et totum negotium versatur circa eam, igitur dicendum est, attendendum esse principale negotium, et ab eo desumenda est denominatio stipulationis, quae est faciendi, eo quod agatur de negotio versante inter praedia, quibus servitutes denominantur reales, et hoc est principale motivum, quod venit attendendum; in contractu, maxime quia servitutes reales ita radicantur in praedio, quod licet vendatur, et nihil de servitute dictum 30 fuerit, attamen transit cum re vendita, *leg. si aquaeductus 47. ff. de contrahend. emption.* ibi. *Si aquaeductus debeatur praedio: jus aquaeductus transit in emptorem, etiamsi nihil dictum sit, sicut et ipse fistulae per quas aqua ducitur.*

Quibus stantibus, crederem satis fundasse nostram intentionem, probando stipulationem servitutis esse faciendi, non autem dandi, cum semper magis attendatur, quod agitur, quam quod dicitur, et ad quem finem, *tot. titul. c. plus valere, quod agitur, quam quod dicitur*, agitur autem de negotio faciendi, non autem dandi, nisi enim servitus vere, et realiter in fundo constituatur, stipulatio potest evanescere, ergo principale est fundus cum constitutione servitutis, quae 31 est facti, ergo est attendendum factum ex quo postea. Jus oritur *l. si ex plagiis, §. in clivo. ff. ad l. aquil.* Enim vero, qui stipulatur sibi domum fieri, nonne tenetur dare lapides caementa, et alia materialia? juxta dispositionem, *d. l. ubi autem, 75. §. qui id, de verbo obligat.* ibi, *domum aedificari*, ita qui stipulatur servitutem sibi constitui, licet jus constituat, attamen illud jus constituitur in re, quod nequit esse in rerum natura, nisi mediante ipsamet reali constitutione; sed haec consistit in facto: ergo non est stipulatio dandi.

Tota difficultas versatur in respondendo fundamentis, in quibus adversantes radicantur, non dico argumentis, nam illis facillime responderi potest, sed suis documentis, quibus demonstrant stipulationes servitutum esse dandi, non faciendi, inter quos *Castill. de usufructu. lib. 1. cap. 14.* qui plura adducit, attamen indulgeat quaeso mihi, si in hac sententia eum non sequor, quia animus meus non acquiescit suis rationibus, ut infra demonstrabimus.

32 Ait ergo *Castill. loco cit. sub* n. 2. licet enim traditio, et patientia factum videatur continere in quo (ait ipse) decipiuntur passim ii auctores, qui contrariam sententiam sustinuerunt, tamen quia constituere, et dare, jus ipsum servitutis personalis, vel realis, principaliter debetur, dicitur obligatio dandi, et non faciendi, sequitur dicendo. Simplex enim obligatio dandi dicitur quoties dare dumtaxat principaliter est in obligatione, et cum debetur certum, vel fundus, aut equus, licet etiam factum traditionis debeatur, ex *Moderno, in labyrintho dividui, et individui*, pariter simplex obligatio faciendi dicitur, quoties factum duntaxat principaliter est in obligatione, et tantum ad faciendum principaliter agi potest: etiam si datio alicujus rei accessorie, et in consequentiam veniat, ad cujus comprobationem adducit doctrinam. *Angel. de Perusio in d. l. 3. ff. de usufruct. in princip.* n. 2. in haec verba. Nota, quod dicit dare, et sic obligatus ad usumfructum tenetur ad dandum. Item tenetur ad factum: quia tenetur ad pati, et per hoc videtur, quod obligatus ad dandum, sit obligatus ad tradendum, et sic ad 33 factum, cum non posset dari, nisi tradatur, *l. traditionibus, C. de pact.* Et sic certi condictio generalis, quae datur ad certum, *l. certi condictio in princip. infra si certum petatur*, nunquam habeat locum, cum in unaquaque datione versatur incertum. Sed solve, quod traditio est obligationis executio, et ideo non attenditur traditio, sed obligatio, in qua venit datio, ubi autem ipsum tradi, est in obligatione, tunc obligatio est faciendi, et pro eo non datur certi condictio. Et ita concludit *Castill*, quod qui servitutem constituere tenetur, dare tenetur, et consequenter ad constituendam servitutem cogi potest, et sic ad dandum praecise ad probandum suum assumptum adducit textum in *l. ubi autem 75. §. fin. et l. si servum, §. fin. ff. de verbo. obligat.*

Ad primam propositionem, quam facit *Castill.* affirmans constituere, et dare jus ipsum servitutis personalis, vel realis principaliter deberi, quia dicitur obligatio dandi, et non faciendi in hoc, judicio meo, se decipit valde, primo quia hoc juridice non probat, neque aliquem textum adducit ad probandum suum dictum, et ita absolute negari potest.

Secundo, se decipit *Castillus*, dicendo, quod jus servitutis principaliter debetur, quia hoc pariter non est verum, 3 nam jus servitutis, quod est dandum, ut supponit *Castillus*, non est principale sed venit in consequentiam, descen- 3 dens ab ipsa servitutis constitutione, et ea constituta, sequitur postea jus transferendum in dominantem; nam servitus exempli gratia, nisi sit in suo esse constituta, nunquam dicetur jus eundi, agendi, vel vehiculum ducendi, vel servitutem aquaeductus esse jus ducendi aquam per fundum alienum, nisi vere, et realiter constituatur, qua postea constituta, resultat illud jus competens dominanti. in *l. 1. cum suis §§. ff. de servit. rusticor. praedior.* ubi sunt haec verba, *iter est jus eundi etc. Actus est jus eundi agendive etc. Aquaeductus est jus aquae ducend. etc.* igitur antequam producatur jus, necesse est, ut prius servitus constituatur, ex qua constitutione postea nascetur jus, prout non nascitur actio confessoria, nisi post constitutam servitutem, actio autem est jus persequendi in judicium, quod sibi debetur; si enim jus principale servitutis esset deductum principaliter in stipulatione, sequeretur absurdum, quod currus antecederet boves, et effectus suam causam praecederet, sed hoc est falsum, *l. hujusmodi 13. ff. quando dies legati cedat.* ibi *quoniam causa, ex qua debetur praecedere semper debeat.* Marcus Solomonius *in l. Gallus, in §. quod si is n. 23. ff. de liber. et posthum.* ideo constitutio servitutis est principa- 36 le subjectum a quo jus provenit, nisi enim constituatur servitus vere, et realiter nunquam jus servitutis orietur; enim vero servitutes reales a J. C. Ulpiano non definiuntur in 37 potentia, sed in suo esse jam constitutae, nam si ante earum constitutionem alienetur subjectum, nempe fundus, stipulatio evanescit, ut diffuse probavimus in tertio notando in versic. in comprobatione; ubi adduximus textum in *l. sub una significatione, §. si quis viam* ibi extenso, stipulatio enim suum habet vigorem, nec non et executiam a constitutione servitutis, nam antequam constituatur, nata est tantum actio personalis ad agendum contra promissorem, sed quando est constituta, tunc nascitur uno eodemque momento actio confessoria, *l. servitutes, 19. ff. de servitut. urbanor. praedior.* ibi: *nam si forte ex aedibus meis in aedes tuas tignum immissum habuero, hoc ut immissum habeam, per causam tigni possideo habendi consuetudine*, et *l. sicuti 8. §. sed si quaeratur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat: sciendum est possessoris partes sustinere (et quidem* 38 *tigna immissa sint) eum qui servitutem sibi deberi ait. Si vero immissa non sint, eum, qui negat. ff. si servit. vend. et l. quoties, 20. ff. de servitut.* ibi. *Ego puto usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse, idemque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.* et generaliter loquendo, nemo potest praetendere mandatum de manutenendo in sua quasi possessione servitutis, nisi qui 39 habet constitutam servitutem, vel quasi per opus manu factum in fundo alieno, *leg. 1. ff. de itinere actuque privati per totum. l. 1. ff. de aqua quotidian. et aestiv. per totum.* hac sic praemissa majori propositione, pro constituendo argumento in forma.

Constituitur minor propositio, sed sic est, quod constitutio servitutis est meri facti, ut et ipsi adversarii fatentur, et probatur argumento deducto in *l. ubi autem, 75. §. qui id. ff. de verbo. obligat. supra in versic. quod autem ibi extenso.* nam si tradi possessionem est meri facti, ut ibi, quan- 40 to magis servitutis constitutio, sive etiam quia in primo notando diximus cum Alciato, duplex factum, seu duplicem patientiam, quae est facti *d. § qui id*; concurrere in constitutione servitutis, unum, vel unam in fieri, alterum in facto esse, in fieri, quando vere, et realiter constituitur servitus, et facto esse, quando jam servitus est constituta, requiritur patientia perpetua, ne impediat dominus serviens dominantem in servitutis exercitio, et ideo ab eodem serviente praestatur cautio de non impediendo usum ejusdem servitutis ad 41 formam textus in *l. si de via, 7. ff. de aqua quotidiana et aestiv.* in haec verba. *Si de via, itinere, actuque, et aquaeductu agatur, hujusmodi cautio praestanda est, quamdiu*

quis de jure suo doceat, se non impediturum agentem, et aquam ducentem, et iter facientem. Quod si neget jus esse adversario, agendi, aquamve ducendi, cavere sine praejudicio amittendae servitutis debebat, donec quaestio finiatur, uter se utitur. et quia haec lex reputatur difficilis, si cupis ejus intelligentiam, adeas ad quartum tomum de aquaeductu, *quaest.* 9. *n.* 29. *usque ad* 41. *inclusive*, et ibi invenies quomodo sit explicanda; ergo consequentia est certa, stipulationem servitutis esse faciendi, non autem dandi.

42 Similiter stipulatio dandi habet in se jus perfectum, neque a re tradenda praecise, aliquod jus mutuatur, sed illa venit in consequentiam nam omnino tradere tenetur, et illa traditio nullum alium producit effectum, sed perfectio stipulationis in se consistit, ut ea contracta, illico obligatio illa sit perfecta, neque ex ea traditione aliquod jus constituitur.

Prout contingit in constitutione servitutis, nam ut saepe supra diximus facta reali constitutione servitutis, tunc servitus dicitur jus, et tale jus nunquam acquirere poterit dominans, nisi servitus sit in suo esse perfecta; quod secus est in traditione rei certae in stipulatione dandi, quia jam illa obligatio in se, est perfecta, et ut melius attenta ponderatis fundamentum nostrum magis apparebit, ergo verum non est, traditionem, et constitutionem venire in executione stipulationis servitutis, scilicet juris, sed jus ipsum venire in executione ipsius constitutionis, quia illud oritur ex facto.

Ad secundam difficultatem, quae fundatur in verbo *dare*,
43 videlicet obligatum ad usumfructum teneri ad dandum, quod verbum deducitur ex *d. l. omnium*, 3. *ff. de usufructu* haec sunt ejus verba *Omnium praediorum, jure legati potest constitui ususfructus, ut haeres jubeatur dare, alicui usumfructum. Dare autem intelligitur, si induxerit in fundum legatarium, eum ut patiatur uti, frui.* Si bene ponderetur
44 modus loquendi J. C. Caii non vult inferre, per illud verbum, dare, ut praecise detur juxta obligationem stipulatio-
45 nis dandi, quae est omnino certa, cum ususfructus sit incertus, nec credatis mihi, sed Ulpiano *in d. decantata lege. Ubi autem* 75. *§. fundi cum §. sequenti. ff. de verbo. obligat.* cujus haec sunt verba. *Fundi certi, si quis usumfructum stipulatus fuerit: incertum intelligitur in obligationem deduxisse, hoc enim magis jure utimur verba §. sequentis.* haec sunt. *Illud dubitationem recipit, si quis id, quod ex ancilla natum erit, aut fructus, qui in fundo Tusculano nati erant, dari sibi stipulatus sit, an incertum stipulatus videatur. Sed ipsae naturae manifestissimum est incertam esse hanc stipulationem. Sed qui unum, aut oleum, vel triticum, quod in horreo est, stipulatur, certum*
46 *stipulari intelligitur*, ecce Ulpianus utitur illo verbo, dare, et tamen dicit stipulationem non esse dandi, quia rem incertam continet, stipulatio enim dandi de sui natura rem certam continet *d. l. ubi autem §. fin.* in haec verba, *hanc stipulationem, fundum tusculanum dari; Offilius ait certi esse, continereque ut dominium omnino efficiatur stipulatoris quoquo modo:* ergo cum Cajus *in d. l.* 3. *d. verbo, dare autem.* illud usurpat pro traditione, quae est facti, nec incongruum est verbum, dare, contineri etiam in verbo, facere, ut voluit Papinianus, *in l. verbum.* 218. *ff. de verbo. significat.* nempe, verbum, *facere, omnem omnino faciendi causam complectitur, dandi, solvendi, numerandi, judicandi, ambulandi*, et tanto magis attentis verbis, quae in *d. l.* 3. subjungit, *dare autem intelligitur, si induxerit in fundum legatarium*, hoc est, aliud factum non reperio verbum dare, continere factum principaliter, sed tantum in consequentiam: Verba autem haec, et *inducere, seu tradere, vel pati*, reducuntur ad verbum facere, quod principaliter continere potest, et dare, et pati, et alia. Ideo ut concordentur jura Caii cum illis Ulpiani, dicendum est verbum, *dare*, usurpari quoque pro facere, seu ad patientiam praestandam, nec importat rem certam.

Nec mihi dicas verbum, dare, importare dominii translationem in stipulatorem. Nam ideo respondebimus hoc verifi-
47 cari, quando res certa erit in obligatione, secus si incerta, argumento deducto, *ex d. §. hanc stipulationem, et ex §§. fundi, et illud.* Ibi enim stipulatus est dari, et tamen res incerta fuit deducta in stipulatione, et ideo resolvitur stipulatio in factum, videlicet importare patientiam uti, frui, pro ut disponit *d. l.* 3. *ff. de usufructu*, ut supra dictum est.

Hinc non recte infert Castillus ut supra in illis verbis, *ex his igitur*, et aliis postmodum referendis secure dici potest, quod qui usumfructum, vel aliam servitutem constituere tenetur, dare tenetur, et consequenter ad constituendum, et sic ad dandum praecise adstringi potest per regulam, ubi autem non apparet *§. finali, et per l. si servum* 91. *§. effectus, ff. de verbor. oblig.* Quae jura non probant intentum Castilli, quia *paragraphus finalis dictae l. ubi autem, et* 48
§. effectus dict. leg. si servum, loquuntur extra dentes, quando res deducta in stipulationem est certa, tunc promissor potest cogi praecise ad dandum, etiamsi res certa perierit, quia tunc intrat pretium rei certae peremptae; ut probat *d. §. effectus*, in hoc verba. *Effectus hujus constitutionis ille est, ut adhuc homo peti possit, sed et acceptum ei posse ferri creditur, et fidejussorem accipi ejusdem obligationi nomine.* Imo *in §. sequitur.* ejusdem legis ait Paulus perpetuari obligationem, etiamsi propter culpam promissoris res certa in stipulationem deducta fuerit perempta, quia pretium succedit loco rei in illis verbis. *Quoties culpa intervenerit debitoris perpetuari obligationem quemadmodum intelligendum sit. Et quidem si fuerit promissor, quominus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio.*

Secus vero, si res est incerta, quia tunc solvendo interesse 49
liberatur, ut probat Connanus in *commentariis juris civilis lib.* 6. *cap.* 3. *n.* 4. licet haec quaestio sit valde controversa inter doctores, an obligatus ad factum incertum possit praecise cogi ad faciendum, quam quaestionem subjiciemus, et plenarie examinabimus in quaestione sequenti terminata praesenti quaestione. Deductum autem in stipulatione servitutis dicitur incertum, ut supra diximus ex duplici capite ex parte 50
promittentis, et ex parte recipientis, ex parte promittentis, quia adhuc non constant quo, in loco sit constituenda servitus, etiam si fundus sit certus, et hic juvat repetere, quod diximus supra in versiculo, quod autem, ubi satis de hoc diffuse locuti sumus, et ad ibi dicta me remitto.

Restat respondendum etiam ad alia fundamenta adducta ab *Alciato in d. §. et harum n.* 40. Primum est, quod idem 51
operatur praestatio patientiae in incorporalibus, quod traditio in corporalibus, per textum *in l. quoties* 20. *ff. de servitutibus*, in illis verbis. *Ego puto usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse*, deinde per textum *in leg. si ego* 13. *§. si de usufructu. ff. de publiciana in rem actione*, in haec verba. *Si de usufructu tradito agatur, publiciana datur. Idemque de servitutibus urbanor. praedior. per traditionem constitutis, vel per patientiam, forte, si per domum quis suam passus est, Aquaeductum transduci. Item rusticorum: nam et hic traditionem, ut patientiam esse tuendam constat.* Sed sic est, quod traditio non facit, ut obligatio dandi per hoc dicatur esse facti, ergo idem dicendum est de patientia.

Secundum argumentum deducitur ex *l.* 1. *ex §. fin. de servitut. rusticor. praedior.* ubi habentur haec verba. *Traditio plane, et patientia servitutum inducet officium judicis* 52
ergo venit in consequentiam, non autem tamquam debeatur ex stipulatione.

Tertio in actionibus realibus restitutio fit officio judicis mercenario deserviente actioni intentatae, *l. officium, et l.* 53
non solum, ubi Bartol. ff. de rei vindicatione, et DD. in l. naturaliter §. nihil commune, ff. de acquirendo possessione. In personalibus vero traditio fit officio judicis nobili, *l. si intra ubi Bartol. et DD. ff. de re judicata*, unde dum textus *in d. l.* 1. dicit quod inducitur officium judicis, non de mercenario intelligitur, sed de nobili, *in l.* 1. *ff. de jurisdictione omnium judicum.* Et facit regula, *l.* 1. *ff. si ager vectigal. vel emphyteusi*, et sic textus intelligetur quando agitur actione personali.

Quarto si obligatus ad servitutem respectu patientiae tene- 54
retur, ad factum ex natura obligationis sequeretur, quod si deberes mihi servitutem, morte tua extingueretur obligatio, quatenus concernit factum, et deberetur nova servitus per haeredem, non autem eadem, *l. si non sortem §. libertus, ff. de conditione ind. et Bartol. in §. Cato in* 6. *quaest. ff. de verborum obligat.* sed hoc est falsum, *l. penul. ff. de servitute legata*; ergo etc.

Quinto *ex d. l.* 3. *§. dare*, habetur quod dare intelligitur, 55
qui patitur legatarium frui: et sic appellatione dationis ibi venit patientia. Aut ergo volumus dicere, quod patientia requiratur principaliter, et istud est impossibile; quia factum consideratum principaliter, est quid diversissimum a datione *§. sic itaque instit. de actionibus.* Necessarium ergo est dicere, quod veniat illa patientia in contractum accessoria dationi; nam tunc dare etiam dicitur, qui principaliter dat, licet in consequentiam veniat aliquod factum, *l. quod servus, ff. de conditionib. et demonstrat.*

Sexto ex *d. §. et harum usque ad §. item si in facto*, j. c. 56

tantum loquitur in stipulationibus, in quibus vertitur datio, ideo promissor servitutis dare tenetur, *l. si unus ex sociis §. finalis, ff. de servit. rustic. praedior. l. cum usufructus. ff. quemadmodum ususfructus amittatur.* Alias j. c. esset diminutus, si in tali obligatione esset factum. Haec sunt, quae nostrae sententiae adversantur. Attamen mihi non videntur stringere, et concludere contra nostram sententiam.

57 Ad primum ergo respondetur disparem esse rationem in traditione rerum corporalium, et incorporalium, in materia servitutum, nam per praestationem patientiae a domino servire debente constituitur jus reale servitutis, et exinde nascitur actio confessoria, ut diximus, sed per traditionem rei corporalis in actu traditionis nullum jus constituitur, sed accessorie venit contractui in quo res est deducta, ac in ejus adimplementum, jus enim totum residet in contractu, et de se habet, quod habere potest. At stipulatio constitutionis servitutis, non est tantae virtutis, ut possit producere jus servitutis reale, una cum sua actione confessoria, nisi mediante patientia praestita: quin imo, si alienetur fundus antequam vere, et realiter servitus constituatur, evanescit stipulatio, ut probat textus in *dicta l. si sub una significatione, 136. d. § si quis viam, ut supra innotabili extenso.* quia pervenit ad casum, a quo incipere non potest. Non sic contingit in traditione rei corporalis, licet enim res non tradatur, vel sive alienetur, non evanescit stipulatio, sed durat, ut saltem unum de duobus debitor praestare teneatur, vel rem, vel pretium, at alienato fundo, cui fuerat stipulata servitus, illico expirat. Sunt verba textus ejusdem. *§. si quis viam ad fundum suum dari stipulatus fuerit, ante constitutam servitutem alienaverit: evanescit stipulatio.* Similiter diligenter notanda sunt verba hujus textus, nempe, *si quis viam ad fundum suum dari etc.* totum hoc negotium agitur inter praedia, et traditio seu patientia praestatur propter praedium, hinc, et ipsa traditio seu praestatio fit fundo dominanti, et servienti, et imprimitur haec qualitas servitutis, non vero in acquirente, nisi in consequentiam, quia constituta servitute, successive oritur jus, prout dicitur in definitione. Servitus, est jus, verbi gratia, eundi, agendi, etc. ecce traditio, seu praestatio patientiae principaliter fit pro fundo dominante. Secundario pro ipso domino dominante. Et sic ex diversis non fit illatio; tum etiam quia illud argumentum procedet, quando alienaretur aliquod jus incorporale, veluti si venderetur jus imbotauli, vel aliquod jus exigendi, nunc patientia, seu ejus praestatio veniret in consequentiam, et in eo casu posset paritas currere, quod secus est in servitute.

Ad secundum argumentum facilis est responsio, quia leve. Certum est enim, quoties quis renuit praestare patientiam, requiritur in eo casu judicis officium, quod idem est, ac ejus auctoritas, sine qua debitor cogi nequit adimplere promissa, sed postea negatur consequentia, praestationem patientiae in consequentiam venire, quia hoc est, de quo controvertitur, dato enim casu, quod, qui promisit praestare patientiam latitaret, vel esset contumax in parendo mandatis, tunc non est
58 oblata facultas judici procedendi ad immissionem ex primo, et successive ex secundo decreto donec pareat ad formam text *in l. 4. §. si intra diem etc. ff de damno infecto*, et in punctualibus terminis de quibus agitur textus *in l. is cujus familia, 18. ff. si servit. vend.* in haec verba. *Is cujus familia vicinum prohibebat, aquam ducere, sui potestatem non faciebat; ne secum agi posset, quaerit actor, quid sibi faciendum esset? Respondi, oportere praetorem causa cognita, jubere bona adversarii possidere, et non ante discedere, quam is actori jus aquae ducendae constituisset, et si quid, qui aquam ducere prohibitus esset, siccitatibus detrimenti cepisset, restituisset, veluti si prata, arboresve exanimassent*, vel quando reus conventus ad solvendum, si renuat, judex concedit executionem pro satisfactione creditoris, certum est hoc sine officio judicis fieri non posse. Sed quid inde sequitur, nihil contra nos, et magis apparebit veritas per responsionem ad tertium argumentum.

Ad tertium ergo praemittendum est, quod tradit Jo. Juvenalis, *in l. imperium, ff. de jurisdict. omn. judicium, n. 7.* ubi habet haec verba. *Sed de his omnibus, sibi ut officio ju-*
59 *dicis nobili, officio judicis mercen. nullum verbum in jure, imo peto oculum mihi perfodi, uno ex his verbo in pandectis reperto; haec enim sunt commentitia scribentium dicta. Et si dicatur non ne leg. placet. c. de Pedaneis judicibus, loquitur de officio judicis. Ego fateor imo quasi omnes leges sonent hoc verbo, officium judicis, sed comminisci officium nobile, et officium mercenarium, et sub umbra harum facere contra jurisconsultorum mentem, hanc impertorum sectionem, istud est quod nostrates vetulae dicunt, de gallo ad asinum prosilire, haec ille.* Et quod scribit ibidem *sub n. 25.* in haec verba. *Nec obstat si Bartholista arguat hoc medio, quae sunt jurisdictionis, expediuntur officio judicis mercenario deserviente actioni intentatae. Istud patet ex Bart. Bald. Angelo Alberico, Jas. et breviter ex omnibus, qui in hac materia jurisdictionis scripserunt, sed datio judicis non fit officio mercenario, sed nobiliori, ergo non est jurisditionis. Quia isti argumento potest unusquisque respondere, ex his, quae de mero imperio dixi; nec enim apud textus juris. verbum ullum reperies de officio judicis mercenario, et officio judicis nobili, ad quas nugas doctoribus nostris convolare necesse fuit. haec ille.* Hoc idem comprobat *Jo Longo Vallius* in eadem, *l. imperium num. 185.* in haec verba. *In eo quod de mero, et mixto judicis officio praeter omnes attulit, bis labitur: primum in partitione officii in merum et mixtum. Si quidem omne judicis officium merum est, sive nobile illud, sive mercenarium fuerit. l. 5. in principio, ff. de verbo oblig.* cujus haec sunt verba. *Stipulationes aliae judiciales sunt, aliae praetoriae, aliae conventionales, aliae communes tam praetoriae, quam judiciales Judiciales sunt dumtaxat, quae a mero judicis officio, proficiscuntur, veluti de dolo cautio, Praetoriae, quae a mero praetoris officio proficiscuntur, veluti damni infecti; sequitur postea idem Longovallius, ubi passim merum officium utrumque et nobile et mercenarium appellatur, et satis aperte liquet ex iis, quae a nobis tradita sunt in expositione, l. jubere, cavere*, licet ipse videatur, usum communem approbare, cum ergo satis appareat, leges non loqui de tali distinctione, nobilis, et mercenarii, ideo erubescere debemus sine lege loqui, prout erubet imperator in dando responso, lege non approbato textus *ad literam in §. consideremus.* in illis verbis. *Sed quia non* 60
hoc cum lege agimus, erubescimus, autentic. de trient. et semise

Quamobrem Alciatus non probat recte suum argumentum. 61
nam *l. officium, 9. et l. non solum 13. ff. de rei vindicat,* Primae haec sunt verba. *Officium autem judicis in hac actione hoc erit, ut judex inspiciat, an reus possideat: vel ad rem pertinebit, ex qua causa possideat, ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere:* 62
text. vero *l. non solum 13* haec sunt verba. *Non solum autem rem restitui. verum et si deterior res sit facta, rationem judex habere debebit. Finge enim debilitatum hominem, vel verberatum, vel vulneratum restitui: utique ratio per judicem habebitur, quanto deterior sit factus: quamquam, et legis aquiliae actione conveniri possessor possit* ex quibus juribus non probatur, quod praetendit Alciatus, nec verbum quidem, bene verum est judicem exercere debere partes suas, etiam si partes, seu petitores, vel actores nihil dixerint exempli gratia de fructibus rei possessae, nihilominus judex ex officio suo de jure judicare tenetur, et condemnare reum, si non fuerit absolutus, ad restitutionem rei petitae, et possessae, una cum fructibus probat textus ex *§. et si in rem, instit. de officio judicis* in haec verba. *Et si in rem actum sit coram judice: sive contra petitionem judicoverit absolvere debet possessorem, sive contra possessorem jubere eum debet, ut rem ipsam restituat, cum fructibus*, et ad hoc tenetur judex ex officio suo, et hoc est quod volunt dicere
Ulpianus, et Paulus in legibus citatis. Nec quod dicit Alcia- 63
tus in personalibus vero traditionem fieri officio judicis nobili, illud non probat, quia legi, et diligenter perlegi totum titulum, *ff. de re judicata.* et numquam potui invenire dictam legem citatam. *Si intra*, inveni quidem *l. intra*, sed de hoc nec verbum quidem, ideo non probat suum argumentum, et per consequens neque ejus consequentiam, et in dubio sit intelligendum de officio nobili, nam primo in jure non datur hoc nomen, sed tantum officium judicis, de quo officio generaliter loquitur Justinianus *instit. de officio judicis*, ibi praescribit normam, quomodo judex judicare de-
beat fere in omnibus causis, ut legenti dictum titulum ap- 64
parebit, et generaliter judicare debet secundum leges, et constitutiones, et consuetudines approbatas, ita *Justin. in*
principio ejusdem tituli, officium ergo judicis est; inservire 65
actionibus intentandis, ut etiam supplet ex proprio officio, quod partes forsan inadvertenter praetereunt, vel non advertunt.

Neque lex, quam citat Alciatus pro regula videlicet, *l. 1. ff. de jurisd. omn. jud.* nihil probat, ad quam adducit; nam

66 dare judices, vel mittere in possessionem, non important hoc
judicis officium nobile, sed ut plene scribit Anton. Peres. ad
c. lib. 3. tit. 3. de Pedaneis judicibus. ubi adversarii citant,
l. Placen. et placuit ad probandum officium judicis mer-
67 cenarii. Explicat enim Perez qui dicantur judices illi Peda-
nei; et resolvit dici delegatos, ex eo, quod ordinarii judices,
et magistratus ob causarum multitudinem, omnibus incum-
bere non valebant, ideo dabantur isti judices Pedanei, et
fusius apud eum videri poterit, toto coelo errant, affirmando
eos esse judices officii tantum mercenarii.

Deinde nollem ponere os in coelum, attamen liceat mihi
aperire votum meum circa id, quod dicit Alciatus, officium
judicis nobile deservire actioni personali, mercenarium vero
actioni reali, quando agitur de restitutione, eam officio ju-
dicis mercenarii faciendam esse. Totum oppositum mihi vi-
detur, quia in actionibus realibus intrat arbitrium judicis,
68 eam primo jubet rem restitui, et si jussui reus non obtempe-
ret eum condemnat, et hac ratione, actio rei vindicationis di-
69 citur arbitraria, l. qui restituere ff. de rei vindicat. haec
sunt verba. Qui restituere jussus judici non paret, conten-
dens se non posse restituere; si quidem habeat rem, manu
militari officio judicis, ab eo possessio transfertur, et fru-
ctuum dumtaxat, omnisque causae nomine condemnatio fit,
ecce potius intrat officium nobile, quam mercenarium, ut
diligenter ponderanti constabit; praecipue propter illa verba
officio judicis; hoc est non jure actionis, nam actio versatur
circa restitutionem, secus vero circa executionem, actualis re-
stitutionis.

70 Verumtamen Ulpianus nedum in actione reali, sed etiam
personali idem esse practicandum affirmat, quod valde mor-
dere videtur Alciatum respectu suae propositionis, nam sequi-
tur Ulpianus in eadem lege in haec verba. Si vero non potest
restituere, et dolo fecit, quo minus is; quantum adversarius
in litem, sine ulla taxatione in infinitum juraverit, damnan-
dus est; si vero, nec potest restituere, nec dolo fecit, quo
minus possit, non pluris, quam quanti res est, idest quam
si adversarii inter fuit, condemnandus est, notentur modo
sequentia verba. Haec sententia generalis, et ad omnia, sive
interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sint, ex
quibus arbitratu judicis, quid restituitur locum habet. ergo
nulla est differentia, in materia officii judicis inter actiones
reales et personales, sive ergo agatur actione reali, sive per-
sonali, hoc unum est, quando intrat arbitrium judicis, dici-
71 tur ejus jussus prout loquitur d. l. qui restituere ut supra,
et textus in l. harum 7. ff. si servit. vend. Harum actionum
eventus hic est, ut victori officio judicis, aut res praestetur,
72 aut cautio. Res ipsa haec est, ut inhibeat judex, adversa-
73 rium emendare vitium parietis, et idoneum praestare. Cau-
tio autem haec est, ut eum jubeat de reficiendo pariete ca-
vere; neque se, neque successores suos prohibituros altius
tollere, sublatamque habere. Et si caverit, absolvatur. Si
vero neque rem praestet, neque cautionem, tanti condemnet,
quanti actor in litem juraverit. ecce jussus judicis, qui im-
portat pariter judicis arbitrium, hinc si agatur actione perso-
nali contra promittentem constituere servitutem, officium ju-
dicis erit in primis jubere promittenti, ut constituat servitu-
tem, et quatenus recuset obedire praecepto judicis, illum
condemnare debet, et quatenus opus erit, ejusdem officio ma-
nu militari constituere servitutem; et ita non probatur per
adversarios asserta illa propositio, judicis officium nobile in-
servire actioni personali et mercenarium, reali jam ex d. l.
qui restituere, tollitur hoc suppositum, cum officium quod
praestatur in actione reali, idem sit praestandum in persona-
li, et vice versa.

Ad quartum pariter argumentum respondetur non recte
procedere sequelam; nam vel ipse Alciatus loquitur de servi-
tute jam in suo esse constituta, et tunc servitus per testato-
rem constituta est una, et eadem cum ea, quae ad haeredes
transit promissoris, vel constituentis, et ad eos insolidum
transit. Textus ad literam in l. stipulationem 2. § ex his, ff.
de verbo. obligat. in illis verbis. Non enim ex persona hae-
74 redum conditio obligationis immutatur, et ideo, si divisio-
nem res promissa non recipit; veluti via: haeredes promis-
75 soris singuli in solidum tenentur; vel loquitur de consti-
tuenda, et pariter est eadem, cum ea, quam constituere de-
bebat testator, d. § ex his. qui postea in fine ait. Sed quo
76 casu unus ex haeredibus solidum praestiterit, petitionem
habebit a cohaerede familiae erciscundae judicio. Ex quo
quidem accidere posse: Pomponius ait, ut et stipulatoris
viae, vel itineris haeredes singuli in solidum habeant actio-

nem. certum est autem, ex dicta promissione nasci actionem
personalem, ad cogendum promissorem, vel haeredes ejus, ad
constituendam servitutem, nec est dubitandum, quin in illo
casu actio personalis transeat ad haeredes, nam habemus tex-
tum extra dentes in l. veteris, 13. c. de contrahend. vel com-
mittendo stipulat. in haec verba. Veteris juris altercationes
decidentes, generaliter sancimus. omnem stipulationem, sive
in dando, sive in faciendo, sive mixta, ex dando, et faciendo 77
invenitur, et ad haeredes, et contra haeredes transmitti, sive
specialis haeredum fit mentio, sive non. Cur enim, quod in
principalibus personis justum est, non ad haeredes, et ad-
versus eos transmittatur? Et sic existimentur hujusmodi
stipulationes, quasi tantummodo in dando fuerint conce-
ptae, cum nihilominus, et haeredes factum possint adim-
plere: en clarius (loqui non potest?) illa subtili, et super-
vacua scrupolositate explosa, per quam putabant non esse
possibile factum ab alio compleri, quod alii impositum est.
Et quare, cum pene similis omnium hominum natura est,
non etiam facta omnes, vel plus, vel paulo minus adimple-
re possunt? ne ex hujusmodi subtilitate cadant hominum
voluntates: et ita cessat praedictum argumentum, et ejus vis.

Ad quintum facilis est responsio, quia nihil implicat quin
factum principaliter deducatur in stipulatione, non obstante
verbo illo, dare, quia verbum, dare, continetur in verbo 78
facere, d. l. facere, ff. de verbo. obligat. tanto magis quia
principaliter servitus non debetur personae, sed rei d. l. unus,
34. ff. de servitut. rusticor. praedior. ut supra in versic. hanc
nostram doctrinam, ex tunc, in illis verbis, quoniam non
personae, sed praedio debetur, quomodo ergo dari potest
principaliter personae, si danda est praedio? ergo datio juris
in actu constitutionis servitutis venit in consequentiam ex
facto, et ita dominus dominans acquirit postea jus, et facul-
tatem eundi, agendi etc. quia servitus constituta postea est
jus aquam ducendi per fundum alienum, l. 1. per tot. ff. de
servitut. rusticor. praedior. junctis quoque iis, quae supra
diximus in versic. Ad secundam difficultatem.

Ad sextum, et ultimum argumentum facillime responde-
tur, J. C. Paulum loqui generaliter, de stipulationibus dan-
di, et faciendi, nam postquam in principio l. 2. constituit
divisionem, stipulationum, quaedam in dando, quaedam in
faciendo consistunt, subnectit § et harum, per haec verba.
Et harum omnium, quaedam partium praestationem reci-
piunt: veluti cum decem dari stipulatur. Quaedam non re-
cipiunt; ut in his, quae natura divisionem non admittunt,
veluti cum viam, iter actum stipulamur; loquitur enim J.
C. generaliter de stipulationibus dandi, et faciendi, ratione
illius universalis dictionis, omnium, quae omnia includit, et
nihil excludit, l. Julianus, l. testatorem, ff. de legat. 3. et 79
ad satietat. August. Barbos. diction. 254. in verbo omnis.

Imo Paulus loquitur de stipulatione faciendi, quia stipu-
lationes, quae consistunt in dando, natura sua sunt dividuae,
eae vero quae in faciendo, sunt individuae natura sua, l. si
stipulatus, 9. § qui decem, ff. de solut. et liberat. ibi, qui
decem debet, partem solvendo, in partem obligationis libe-
ratur, et reliqua quinque sola in obligatione remanent: fa- 80
ciendi vero, l. in executione 85 § secun. ff. de verbo obligat.
ibi secunda ad opus, quod testator fieri jusserit, nam singuli
haeredes in solidum tenentur: quia operis effectus in partes
sciendi non potest. Sed sic est, quod Paolus sit ibi servitu-
tem viae, itineris vel actus esse natura sua individuam, vo-
luit loqui de stipulatione faciendi, non dandi cum prius
locutus est de stipulatione dandi decem, quae recipit di-
visionem, et haec est stipulatio dandi, quaedam natura sua
divisionem non recipiunt, ut sunt servitutes, quae in facto
sunt individuae. Ergo Paulus non afficitur nota aliqua, si
ipse explicat et stipulationem dandi; secundo loco facien-
di, quod probatur ex structura verborum, nam primo in
lege stipulationum, dixit, quaedam in dando, quaedam in
faciendo, prosequitur postea dicendo. Et harum omnium,
quaedam partium praestationem, recipiunt, veluti cum de-
cem dari stipulamur rursus sequitur secundum membrum
distinctionis habentis relationem ad supradictam primam di-
visionem, nempe; quaedam non recipiunt; (scilicet stipula-
tiones faciendi,) ut in iis, quae natura divisionem non ad-
mittunt, veluti, cum viam, iter, actum stipulamur; quae
sunt faciendi idem probat, l. stipulationes non dividuntur,
72. ff. de verbo. obligat. et concordat cum dicto §. Et ha-
rum, et loquitur in specie de servitutibus. Haec sunt, quae
me induxerunt ad ita sentiendum, et quae moverunt ani-
mum meum ad ita tenendum. Caeterum te judicem consti-

tun humanissime lector, ut ponderatis omnibus, quae supra adduxi, si tibi cadant in genium, negotium est terminatum, si autem non, indulge quaeso meae audaciae, et tene eam sententiam quae tibi placebit.

Et quia interpretes in *d. §. et harum veluti Alciat. a n. 31. et sequentibus Jason, et alii interpretes* ex eadem quaestione deducere videntur quasdam utilitates resultantes ex una, vel altera opinione, ideo cum non sit nostrum institutum, et extra nostrum hemisphaerium ad eos te remitto.

QUAESTIO VI.

An promissor in stipulatione faciendi, possit praecise cogi ad faciendum.

SUMMARIUM.

1. Promissor in stipulatione faciendi an possit praecise cogi ad faciendum.
2. In stipulatione dandi aliud pro alio invito creditore solvi non potest, idem venit dicendum in stipulatione faciendi secundum aliquos interpretes.
3. Promissor facti, si praecise cogi non posset ad illius praestationem sequeretur, quod mora illi prodesset, quod videtur falsum.
4. In stipulatione dandi, licet res non tradatur, pretium tamen succedit loco rei.
5. Haeres a testatore jussus aliquod opus facere, cogi potest praecise ad factum.
6. Obligatio ab homine facta potentior est obligatione a lege tacite inducta.
7. Promissor electus ad praestandum aliquod factum censetur electus industria personae.
8. Promissor facti, si non posset cogi ad illud praestandum, sequeretur, quod haberet electionem illud, vel per se, vel per alium praestandi.
9. Qui restituere tenetur praecise cogitur restituere.
10. Maritus, et uxor cogi possunt ad simul cohabitandum, quod est facti.
11. Novatio in jure non fit, nisi exprimatur, ideo ne sequatur novatio, promissor cogi poterit ad factum adimplendum.
12. Promissor obligatus ad factum non potest praecise cogi ad faciendum, sed praestando interesse liberatur.
13. Lex ubi non distinguit, neque nos distinguere debemus.
14. In omni stipulatione facti tacite interesse stipulatur, quatenus non fiat.
15. Res ipsamet in stipulationibus dandi sola est obligatione, et nihil aliud peti potest, quam illud, quod est deductum in ipsamet stipulatione.
16. Petitio in stipulationibus dandi nihil aliud continere potest, quam illud, quod est deductum in ea.
17. Obligatio rei deductae in stipulatione dandi licet pereat, adhuc tamen durat, unde ex potest fieri novatio.
18. Stipulatio vero faciendi duo continet non solum juris interpretatione, sed etiam ex tacita voluntate contrahentium, nedum factum, sed etiam id quod interest stipulatoris, si non fuerit factum.
19. Solutione quod debetur tollitur omnis obligatio.
20. Promissor facti, si lapsum sit tempus faciendi, et adversarius non fuerit litem contestatus, poterit nihilominus facere, secus lite contestata, quia tenetur ad pecuniam, nempe ad id quod interest.
21. Verbum oportet necessitatem inducit.
22. Legatum poenale factum a testatore sub hac forma Sejus haeres meus poenam dato Caio, et si non dederis decem dato, licet in praestatione sit poena, attamen sola decem sunt in petitione, vel latius hic explicatur.
23. Petitio non habet locum in poena depta, si haeres fuerit in mora praestandi poenam, quia transit in Legatum decem, subrogatum in casu non traditae poenam.
24. Stipulatio faciendi postquam commissa est, in petitione venit tantum pecunia, non autem facti praestatio.
25. Res vendita si non traditur, praestatur id, quod interest, nempe quanti ejus habere emptoris interest, quod quandoque pretium egreditur.
26. Promissor solvendo interesse in stipulatione faciendi non dicitur solvere aliud invito creditore, quia ejus voluntas concurrit.
27. Mora in stipulatione faciendi non prodest promissori, quia interesse quandoque excedere potest factum.
28. Stipulator tunc habet jus petendi interesse quando lis est contestata, et non ante, etiamsi mora sit commissa quia promissor adhuc potest factum praestare.
29. Zasius redarguitur de mala interpretatione ad l. si quis ab alio. § aliquid ff. de solut. illam interpretando. Promissorem tunc posse praestare interesse, quando factum impossibile esset, illud praestare, quod talis § hoc non dicit.
30. Vinum mutuo datum pro tempore venit aestimandum, si non fuerit traditum, hinc explicatur, ratio est in casu quia alter stipulationis dandi, non potest peti praetium sed res ipsa, praetium vero officio judicis.
31. Pecunia in obligatione faciendi non venit in solutione officio judicis, sed jure actionis.
32. Obligatio a testatore facta haeredi aliquid faciendi praecise tenetur facere ratione ultimae voluntatis, quae omnino venit adimplenda, et est limitatio ad regulam.
33. Argumentum ab ultimis voluntatibus ad contractus licet regulariter admittatur, attamen cessat quando dispar est ratio, et ratio disparitatis assignatur hic.
34. Poena a testatore adjecta ad opus faciendum post tempus commit- tim incursitur, si opus non praestetur absque aliqua declaratione quod secus est in contractibus.
35. Legatum operis factum a testatore, Reipublicae ab haerede praestandum, seu faciendum, praecise ab eo faciendum non est autem pecunia est praestanda, ne Respublica ad alium usum illam expendat.
36. Jus singulare introductum ad utilitatem ultimarum voluntatum, non est notandum ad legem generalem constituendam.
37. Verbum, satisfacere, importat solutionem regulariter loquendo.
38. Quod est omissum in stipulatione, pro omisso habetur.

In praecedenti quaestione promisi in hac sequenti investigare, an in stipulationibus faciendi promissor possit praecise cogi ad faciendum, prout praecise cogitur promissor in stipulationibus dandi, ad dandum juxta text. *in leg. ubi autem apparet. 75. §. fin. ff. de verb. obligat.* de quo locuti sumus in praecedenti quaestione, et fuit extensus, qui incipit (*hanc stipulationem.*) Duae sunt opiniones affirmativa, et negativa. 1

Affirmativa, ait obligatum ad factum, praecise teneri facere, sicuti, qui dare est obligatus, praecise dare cogitur, ita Martinus Glossator. in *l. 2. §. item si in facto, ff. de verbo. obligat.* quam sequitur uti probabiliorem *Cujac. ad l. 72. ff. de verbo. obligat.* quem in meo libro, nunquam potui invenire, non obstantibus tot diligentiis a me factis in ejus tabulis, seu codicibus Coras. *Miscell. 2. cap. 3.* quos citat *Zoes. in commentar. ad lib. 45. ff. tit. 1. de verbo. obligat. n. 53.* qui sequitur eosdem auctores pro qua sententia, haec fundamenta adducit.

Primum est, quod in stipulatione dandi, aliud pro alio invito creditore solvi non potest; ita idem venit dicendum in stipulatione faciendi, quia nulla datur ratio differentiae, sed sic est, si daretur facultas promissori alicujus facti, ut eo non facto, ab eo se posset liberari, solvendo interesse, aliud pro alio invito creditore, solveretur, sed hoc est falsum, et jure hoc improbatum, *l. 2. §. mutui datio, ff. de rebus credit. si cert. petat.* in illis verbis, *quia aliud pro alio invito creditore solvi non potest* et quod ibi notat *glos. in verbis non potest.* 2

Secundum quia promissor obligatur ad factum, si ob moram ejusdem excusaretur a facti praestatione, sequeretur, quod mora illi prodesse posset, sed hoc est falsum, ergo cogi debet promissor ad factum praestandum, hoc autem probatur per textum *in l. si insulam, 84. ff. de verbo. obligat.* in haec verba. *Si insulam fieri stipulatus essem, et transierit tempus, quo potuisti facere, quamdiu litem contestatus non sim, posse te faciendo liberare. Quod si litem jam contestatus sim, nihil prodesse sibi, si aedifices,* ex quo textu infert Zoes *loco sup. cit.* quod si potest facere insulam ante litis contestationem, ergo verum est per moram solam non transferri obligationem ad interesse, sed tantum per litis contestationem, ergo signum est factum praecise esse praestandum. 3

Tertio quia, quando sumus in stipulatione dandi, si res non tradatur, attamen praetium succedit loco rei, non tantum in casu, quando judicia sunt universalia, sed etiam particularia, *l. si rem 22. ff. de petitione haereditatis l. si res in dotem ff. de jure dotium l. imper. §. fin. cum l. sequ. ff. de legatis 2.* Et circa particularia, *l. habeo, 14.* in illis verbis, *quia videtur. ff. de verborum significat. l. plane §. quod si rem ff. de legatis 1. l. si cum servum ff. si certum petatur l. mater. c. de rei vindicat. l. quia debitore ff. quae in fraudem creditorum.* 4

Quarto ex *l. fideicommissa 11. §. fin. ff. de legatis 3.* ubi, quia testator opus, quod reliquerat faciendum, voluit per ipsum haeredem fieri, nec ipse haeres est audiendus, si per alium voluerit facere tale opus, sed cogetur, ipsum praestare. Ergo si haeres cogitur voluntate testatoris factum praestare, et praecise ad illud cogitur, multo magis dici debet praecise cogi posse ad factum ille, qui proprio ore se obligavit *§. vers. vice instit. de inutilib. stipulat. et l. 3. §. haeres, ff. commodati l. ex empto ff. de actionibus empti etc.* 5

Quinto, quia potentior est obligatio facta ab homine expressis verbis constituta, quam ea, quae a lege tacite fit, ex eo, quod expressa hominis provisio facit cessare tacitam provisionem, *legis l. fin. c. de pactis inter emptorem, et venditorem, l. unica §. in 1. et pro 2. c. de caducis tollendis,* sed in obligationibus facti tacite a l. inductis, cogitur quis praecise factum praestare, *l. haereditatem 28. ff. de donationibus,* ergo multo magis debet praecise cogi promissor factum praestare, ad quod se expresse obligavit, argumento *l. fin. c. de pactis conventis.* 6

7 Sexto promissor obligatus ad factum praestandum censetur electus industriae personae, nam inter artifices non modica est differentia, *l. inter artifices, ff. de solutionibus l. nemo est, ff. de duobus reis* ergo qui promisit uti electus ex industria stipulatoris, tenetur praecise adimplere factum.

8 Comprobatur hoc argumentum ex eo, quod si promissor non posset cogi praecise factum promissum praestare, sequeretur, quod haberet electionem praestandi factum per se, vel per alium, vel praestandi interesse, sed hoc est falsum per textum *in leg. sub hac condictione* 8. *ff. de actionib. et oblig. leg. continuus*, 46. *l. a Titio* 108. *§. fin. ff. de verborum obligat.* ea ratione, quia factum deductum in stipulatione est ad favorem ipsius creditoris, qui habet electionem, vel cogendi promissorem ad facti praestationem vel ad solutionem interesse, *l. stipulatio. l. sive autem, ff. de novi operis nunciatione, et text. in l. si quis ab alio* 14. *§. fin. ff. de re judicata.*

Septimo *ex l. in stipulationibus*, 54. *§. operarum, ff. de verborum obligat.* habetur quod libertus obligatus praestare operas duobus patronis ob contradictionem illorum, quia erat difficilis praestatio ait ibi textus, sufficere, si solvat interesse ergo, si patroni voluissent eas praestari cogi poterant praecise ad illas praestandas.

9 Octavo obstat textus *in l. qui restituere, ff. de rei vindicatione, et l. 3. §. heres, ff. commodati*, ubi qui restituere tenetur, praecise cogitur restituere. Restituere autem continet factum, *l. praetor. 20. §. ait praetor. l. sequent. §. sive ff. de novi operis nunciat. l. cum praetor, ff. de verb. signif.*

10 Nono ex doctrina abbatis in *cap. 1. in ultimo notabili de sponsalibus*, habetur maritum, et uxorem cogi posse simul habitare nec praestando interesse posse liberari, sed cohabitare simul est facti, ergo obligatus ad factum praecise cogitur illud adimplere.

11 Ultimo tandem clarum est in jure novationem fieri, nisi expresse inter contrahentes id agatur, *l. fin. c. de novationibus*, sed si obligatus ad factum posset praestare interesse ratione facti non adimpleri, sequeretur quod etiam tacito fieret novatio, et obligatio faciendi transiret in obligationem dandi, et ita fieret novatio sine expresso consensu, sed hoc est falsum, ergo obligatus ad factum potest praecise cogi ad faciendum, quibus tamen non obstantibus.

12 Nostra conclusio est obligatum ad factum mediante stipulatione non posse praecise cogi ad factum, sed solvendo interesse liberari, quam conclusionem probant infrascripti textus Prim. *in l. stipulationes* 72. cujus haec sunt verba.

Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt; veluti viae itineris, actus, aquaeductus, caeterarumque servitutum. Idem puto, et si quis faciendum aliquid stipulatus sit. ut puto fundum tradi, vel fossam fodi, vel insulam fabricari, vel operas, vel quid his simile, harum enim divisio stipulationem corrumpit. Celsus tamen sic trigesimo octavo digestorum refert, Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere, ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem, secundum quem Celsus ait, posse dici, juxta aestimationem facti dandam esse pecuniam.

13 Textus iste extra dentes loquitur, et sine ulla distinctione, et ubi lex non distinguit, neque nos distinguere possumus, *l. de pretio, in ff. de public. action.* cujus haec sunt verba. *De pretio vero soluto nihil exprimitur. unde potest conjectura capi, quasi nec sententia praetoris ea sit, ut requiratur, an solutum sit pretium, an non* ubi etiam *Bart.* et *quod in dicta l. ait Glos. in verbo praetorem.* dicendo, *ubi lex aliquid statuit, nos ultra non procedimus.* Argumentum validum deducitur ex *l. quos prohibet*, 7. *ff. de postulando. ibi quos probibet praetor apud se postulare, omnimodo prohibet, etiam si adversarius eos patiatur postulare*, et per textum *in leg. 1. §. quod autem, ff. de aleatoribus*, ubi praetor negat furti actionem daturum, dubium erat, an esset etiam exclusa actio ad exhibendum, vel vindicationem, vel condictionem, et respondet ibi textus, *solummodo poenalem actionem negatam, quod puto verum. Praetor enim simpliciter ait, si quid subtractum erit, judicium non dabo.* Cum ergo Ulpianus in *dicta l. stipulationes*, 72. *versic. Celsus*, simpliciter loquatur *si non fuerit factum, pecuniam dari*

14 *oportere*, ea ratione, ut ait ibidem *Glos.* in verbis. *dari oportere*, quia ex omni stipulatione facti tacite interesse stipulari videtur, quatenus non fiat, per textum *in l. si quis ab alio*, 13. *§. si quis, ff. de re jud.* Haec sunt verba. *Si quis promiserit prohibere ne aliquod damnum stipulator patiatur, et faciat, ne quod ex ea re damnum stipulator habeat, facit, quod promisit: sin minus quia non facit, quod promisit, in pecunia numerata condemnabitur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus*, ecce nihil clarius desiderari potest in probanda nostra conclusione, loquitur enim in omnibus faciendi obligationibus, in stipulationibus faciendi tacite e contrahentibus stipulari interesse, non praestito facto.

Similiter est textus notorius *in l. si poenam* 68. *ff. de verb. obligat.* in illis verbis. *Quod si ita stipulatus fuero, pecuniam te mihi crediturum spondes? incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem quod mea interest*, verba sunt clarissima, et sine ulla adjectione, sed sunt indefinite prolata, nec cadere potest, sub illis aliquod supplementum ab adversariis somniatum, concordat pariter *textus in l. quoties*, 81. *§. si procurator ff. de verbo. oblig.* haec sunt verba.

Si procurator sisti aliquem sine poena stipulatus, potest defendi, non suam, sed ejus cujus negotium gessit, utilitatem, in eam rem deduxisse; idque fortius dicendum est, si quanti ea res est, stipulatio opponatur procuratoris, ecce hic nec verbum quidem, prout nec in praecedenti, induci de cogendo promissorem praecise ad factum.

Similiter habemus textum *in l. si quis stipulatus sit* 112. *§. si quis ita stipulatus* in illis verbis. *Proculus ait semper in satisdationibus stipulationem id venire, quod interesset stipulantis.*

Pariter est textus *in l. si fundum*, 114. *ff. eod. tit.* haec sunt verba. *Si fundum certa die praestari stipuler, et per promissorem steterit, quo minus ea die praestetur: consecuturum me, quanti mea interest, moram factam non fuisse*, nec verbum quidem de coactione, ut praecise promissor adimpleat factum, sed tantum eum teneri quanti interest stipulatoris.

Hanc sententiam quoque secuti sunt, *Glos. Jason. Duareno, Paulus de Castro, et Bart. in l. si quis ab alio* 13. *ff. de re judicata, et idem Bart. in d. l. stipulationes*, 72. *n.* 10. 12. 14. 15. 16. 17. *et* 30. *ff. de verb. oblig. et Castrensis in l. stipulationes non dividuntur §. census n.* 1. 2. *et* 4. et plenius hanc quaestionem *Ugo Donellus in d. l. stipulationes non dividuntur* 72. *a n.* 26. *usque ad n.* 50. *ubi idem Donellus sub d. n.* 26. affert definitionem stipulationis faciendi, dicendo. De faciendi stipulationibus definitio concepta est: conditio haec est. Si, quod fieri stipulamur, factum non fuerit, jus, quod ex hac condictione statuitur, pecuniam in eo genere dari oportere sequitur. Idem auctor dicendo.

Ex qua resultat differentia inter stipulationem faciendi, et dandi, alias non esset necesse constituere differentiam inter dictas stipulationes dandi, et faciendi, et tamen pernecesse fatendum, ne in errorem incidamus contra legum dispositionem, constituendam esse essentialem differentiam inter utramque stipulationem. Enim vero in stipulationibus 15
dandi, ipsamet res, quae dari debet, est in obligatione, et comprehenditur expresse in ipsamet obligatione, ita ut, nil aliud peti possit, quam illud, quod est deductum, in ipsamet stipulatione *d. l. ubi autem* 75. *§. hanc stipulationem, ff. de verb. oblig.* cujus haec sunt verba. *Hanc stipulationem. fundum Tusculanum dari; Ofilius ait certi esse, contineréque, ut dominium omnino efficiatur stipulatoris quoquo modo. Nec enim aliud est in petitione, quam id,* 16
quod dari debet, *l. vinum ff. si certum petatur, et l. si servum* 91. *§. effectus*, cujus haec sunt verba. *Effectus hujus constitutionis ille est, ut adhuc homo peti possit. Sed, et acceptum ei posse ferre creditur, et fidejussorem accipi ejusdem obligationis nomine.* Hoc est, textus iste vult, quod si homo certus est deductus in stipulationem, si post moram perierit, nihilominus eadem durat obligatio quoad petitionem, acceptilationem, ita explicat *Bart. ibidem*, et ita importani illa verba, *ut adhuc homo peti possit*, quin imo de hac re potest fieri novatio, ut subjungit Paulus *in §. sequenti*, qui incipit, *novari*, ejusdem legis, dicendo. *Novari autem an possit haec obligatio dubitationis est; quia nec* 17
hominem, qui non est, nec pecuniam, quae non debetur, stipulari possimus. Ego puto novationem fieri, si hoc actum inter partes sit, quod et Juliano placet. Urget enim haec textus dispositio contra adversarios, nam *nec homo amplius est, nec pecunia debetur*, et tamen durat obligatio ejusdem hominis, ex quo evidentissime apparet in stipulatione dandi eamdem rem venire in obligationem, et non aliam, quia hujusmodi obligatio, licet non adsit homo, nec pecunia debeatur, attamen talis obligatio potest novari.

At in stipulatione faciendi, si aliquid inter partes conven- 18

tum fuerit faciendi, non solum ex juris interpretatione, sed tacita voluntate contrahentium inest obligationi id, quod interest, una cum facto sub hac conditione videlicet, si intra tempus legitimum fiet, quod promissum est, promissor liberatur ex regula
19 solutione ejus, quod debetur tollitur, obligatio *toto titulo instit. quibus modis tollitur oblig.* et hanc stipulationem non possumus dicere fuisse commissam. Si vero lapsum sit tempus ad faciendum, in stipulatione conventum, tunc dicitur commissa stipulatio, et succedit solutio, seu potius estimatio ejusdem facti, et est illud, quod interest stipulatoris ad formam textus *in l. si insulam 84. ff. de verborum obligationibus* cujus haec sunt verba. *Si insulam fieri stipulatus essem, et transiret tempus quo potuisti facere; quamdiu litem contesta-*
20 *tus non sim, posse te facientem liberari placet. Quod si litem jam contestatus sim nihil prodesse tibi, si aedifices.* Ecce Ulpianus ampliat hoc dictum, ut etiamsi lapsum sit tempus faciendi, verumtamen, si promissor faceret antequam stipulator litem contestatus fuisset, promissor faciendo liberaretur, at data litis contestatione, non est amplius in facultate rei praestandi factum, sed tenetur tradere pecuniam loco, et scontro facti non praestiti ad formam textus in *l. stipulationes 72. in versiculo, Celsus, tamen ff. de verb. oblig.* in illis verbis. *Tuberonem existimasse. ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere.*
21 Verbum autem hoc, *oportere*, necessitatem inducit *l. verbum oportere 37. ff. de verborum significat.* ibi. *verbum oportere, non ad facultatem judicis pertinet, qui potest, vel pluris, vel minoris condemnare: sed ad veritatem refertur*, et quod necessitatem importet textus *in l. si quando 9. c. unde vi* in illis verbis, *et quod hujusmodi jurejurando dato fuerit declaratum, judicem condemnare oporteret:* et diffuse *August. Barbos. de diction. dictione, oportet* 242.

Itaque in obligationibus faciendi, licet factum sit deductum in obligatione, et sit in praestatione, attamen stipulator non potest agere contra promissorem, nisi postquam lapsum fuerit tempus ad faciendum et tunc non aget ad facti praestationem sed tantum ad id, quod interest, hoc est pecuniam dare oportere, in stipulatione enim faciendi, haec inest conditio, si quod est promissum factum non fuerit, pecuniam dari oportere. Una enim tantum res est in obligatione, si enim promissor adimpleverit factum liberatus est, si vero non adimpleverit pecuniam dari oportere, et dando pecuniam liberatur.

Hoc autem non potest melius explicari, quam per *legem*
22 *primam §. item si ita legatum, ff. ad legem falcidiam*, in haec verba. *Item si ita legatum sit haeres meus Seio penum dato, si non dederit, decem dato.* Hoc legatum ita est accipiendum, ut ab initio penus sit in obligatione, hoc est, ut dicatur legata, non tamen ita ut statim peti possit, sed haeres, si praestiterit recte dederit, si autem haeres moram fecerit, tunc placet penum non videri legatam, sed legatum fuisse transfusum in decem, et decem tantum deberi, et illa sola peti possunt, et ita penus dicetur soluta, mediante praestatione dictorum decem, et a penu statim liberetur haeres, sed ita, ut non videatur Sejus legatum accepisse, nec possit penus in legem falcidiam imputari, ita deducitur ex *d. §. item si ita legatum*, cujus haec sunt verba. *Item si ita legatum haeres meus Seio penum dato, si non dederit, decem dato: quidam putant omnimodo in legato decem esse, penum autem mortis causa capi, nec in falcidiam imputare ad haeredem posse. Ego autem dico, si incontinenti haeres penum solverit: videri hoc legatum esse, et in legem falcidiam imputari posse. Et quod dici incontinenti, ita accipiendum est cum aliquo spatio. Quod si jam mora facta, solverit haeres penum; tunc ne legatum, eam accepisse, nec in falcidiam imputari posse. jam enim transfusum legatum esse, et decem deberi.* Sed clarius loquitur Ulpianus in *lib. 1. ff. de poenu legata*, cujus haec sunt verba. *Uxori suae in annos singulos penoris aliquid haeres dare jussus est, et si non dedisset, nummos dare damnatus est. Quaeritur, an poenus legata peti possit? an vero solummodo sit in praestatione. et si non praestetur, tunc quantitatem petant. et si quidem semel poenus sit legata, non per singulos annos, certo jure utimur, ut et Marcellus lib. 38. Digestorum apud Julianum notat in praestatione esse dumtaxat poenum: quantitatem vero peti posse. Habebit igitur haeres oblationem tamdiu, quamdiu lis cum eo de pecunia contestetur nisi forte aliud tempus, vel mente, vel verbis testator praestituerit. quod si in annos singulos poenus legata sit, per singulos annos poenus adhuc poterit praestari: si minus, summae per singulos annos petentur. Quid ergo si una summa legata sit, et primo poenus non sit praestita? utrum tota summa debeatur, quasi toto paenoris legato transfuso, an vero quantitas primi anni aestimationis sola sit translata, dubitari potest, puta tamen sic voluntatem testatoris sequendam, ut tota summa illico, postquam cessaverit haeres dare poenum, uxori praestetur haeredis in devotione coercenda.*

Et hoc textu recte comprobatur nostra propositio, quod poenus est quidem in praestatione, sed non in petitione, nam petitio solummodo cadit in pecunia, scilicet in illis decem, quia antequam lis contestetur haeres, semper erit in tempore praestandi poenos, sed elapso tempore nequaquam, ut probant illa verba. *Habebit igitur haeres oblationem tamdiu, quamdiu lis cum eo de pecunia contestetur.* Idem igitur est noster casus stipulationis faciendi, factum si quidem est in praestatione, attamen stipulator illud petere non potest, nisi elapso tempore, vel ab contrahentibus constituto, vel a natura, scilicet, ut concedatur tantum temporis spatium etiam a natura donec illud factum praestari possit, quo elapso, seu cessante oblatione promissoris, et facta litis contestatione, tunc pecunia venit in petitione non autem factum, ut perbelle probat textus in *l. si poenam 68. ff. de verbo. obligat.* dicendo. *Si poenam stipulatus fuero, si pecuniam mihi non credidisses: certa est; et utilis stipulatio. Quod si ita stipulatus fuero Pecuniam te mihi crediturum spondes? incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest.* et in *l. quoties. 81. eod. tit.* in illis verbis. *et si non est huic stipulationi additum, nisi steterit, poenam dari: id quanti interest sisti, continari, et verum est, quod Celsus ait. nam qui alium sisti promittit, hoc promittit, se acturum ut stet, et hoc est factum*, et idem comprobat, *l. si insulam, 84. ex adverso citati de qua infra*, et *l. si fundum 114. supra hoc eod. tit.* et discurrendo a paritate rationis *d. l. 1. ff. de poenu. legat.* juxta ejus sensum, ea ponderanti maturè apparebit de veritate nostrae sententiae.

Ex quibus juribus elicitur haec altera conclusio, quod in stipulatione faciendi, postquam commissa fuerit stipulatio 24
venire te in petitione pecuniam tantam: non autem facti praestationem, et extra dentes probant textus supra citati *dicta l. si paenam, 68. ibi, quia id venit in stipulationem, quod mea interest dicta l. quoties, ut supra mox cit. l. si fundum. 114. ff. de verbo. obligat.* et *dicta l. si insulam, 84. ff. de verbo. obligat.* licet aliqui teneant contrarium, quos redarguit Donellus in *dicta l. stipulationes supra cit.* et textus *in lib. 1. ff. de action. empt. et vend.* dicendo.
Si res vendita non tradatur, et id quod interest, agi- 25
tur, hoc est quanti rem habere emptoris interest. Hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet, vel empta est.

Sic ita in stipulatione faciendi, si factum non praestetur, succedit quanti interest factum fuisse praestitum, nec aliud praetendi potest, quam illud interesse, quod est in petitione, non autem factum, quod solum est in praestatione, et ideo non potest cogi praecise promissor ad factum, et haec est differentia inter stipulationem dandi, et faciendi. tracto modo respondendum ad argumenta in contrarium adducta, responsionibus enim magis apparebit de veritate nostrae sententiae. Ad primum respondetur magnam esse discrepantiam inter stipulationem dandi, et faciendi in illa utique aliud pro alio solvi nequit, quia praecise dare tenetur. quia res in stipulatione dandi deducta, et in petitione, et factum solum
est in praestatione, non in petitione, ut supra dictum est nec 26
verum est, quod promissor solvendo interesse, aliud pro alio invito creditore solvere dicatur, sed solvit tantum illud, quod voluntate contrahentium in stipulatione faciendi fuit deductum, sed sic est, quod in stipulatione fuit deductum factum sub illa conditione, si factum non fuerit, pecuniam dari oportere, hoc enim provenit ex voluntate utriusque contrahentis, stipulatoris, nempe et promissoris: caeterum utique est in facultate promissoris, vel factum praestare, vel pecuniam elapso tempore faciendi prout diximus de poena legata.

Ad secundum, respondetur moram promissori non prodesse, quia nihilominus tenetur ad id, quod interest stipula- 27
tia, factum fuisse praestitum, exemplo, *l. prim ff. de action. empt. et venditi*, quod interesse poterit quandoque et excedere factum, quod erat praestandum, illud enim argumentum est Zoesii ut ibi videri poterit, et fundatur in *l. si insulam*;

84. *ff. de verbo obligat.* in eadem secundo argumento nxtensam; nam Zoes. facit fundamentum in eo quod licet tempus lapsum sit, ad faciendum, tamen donec lis contestetur per stipulatorem; licet in mora, nihilominus faciendo, liberare se potest, ergo signum est, per moram jam contractam, obligationem facti non fuisse transfusam in obligationem ad interesse, nisi sequatur litis contestatio. Non advertit ipsemet Zoes. seipsum involvere; etenim ante litis contestationem, licet mora sit commissa, tamen adhuc stipulatori non est acquisi-
28 tum jus petendi interesse, nisi litis contestatio fuerit sequuta, ea enim sequuta. jus acquisitum stipulatori ad interesse, eo invito, auferri amplius nequit, et ipse ait, sola enim mora non sufficit ad transfundendam obligationem in interesse, ut expresse decernit *dicta l. si insulam*; nisi per litis contestationem, ut ex re evidentissime apparet, et ideo negatur consequentia, ergo promissor cogi praecise potest ad factum; quia factum est tantum in praestatione, non autem in petitione, nam tunc stipulatio dicitur commissa, quando lapsum est tempus ad faciendum sequuta tamen semper litis contestatione.

Et licet ipse Zoes. *dicto n.* 53, prope finem conetur respondere *dictae l. si quis ab alio*, §. *si quis ff. de re jud.* affirmando textum illum loqui, quando impossibilis est praestatio facti, vel quando actor ipse elegerit potius interesse, alias data facultate adhuc praestandi factum, tenet ipse, cogi prae-
29 cise posse facere: Lectis, et relectis verbis dicti §. *si quis*, non constat ex eodem textu de aliqua impossibilitate praestandi factum, sed tantum loquitur generaliter, si non fuerit factum condemnandum esse promissorem in pecunia numerata, concludendo etiam generaliter per haec verba. *Sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus*, caeterum circa illationem actoris, illa non habet locum, nisi postquam lapsum fuerit tempus ad praestandum factum, quo in casu, si nondum lis est contestata, adhuc potest promissor adimplere factum. Immo si esset in facultate actoris eligendi, sequeretur quod posset etiam eligere ante tempus datum, ad praestandum factum, quod est falsum, nam ex voluntate ipsorum contrahentium, si non praestetur factum, succedat obligatio ad interesse.

Ad tertium respondetur, illud procedere, quia in stipulationibus dandi res semper est in obligatione, et ideo omnino tradi debet, seu dari, prout disponit textus in *l. si servum*, 91. §. *effectus*, *ff. de verbo. obligat.* per illa verba. *Effectus hujus constitutionis ille est, ut adhuc homo peti possit*; loquitur enim de re in stipulatione dandi deducta, ut quia aliter ob rei interitum non potest alio modo praestari, nisi mediante aestimatione, hanc autem non consequitur jure actionis ipse actor, sed officio judicis, et in subsidium; *l. vinum*
30 *ff. de rebus credit. si cert. petat* ubi. *Vinum, quod mutuum datum erat, per judicem petitum est, quaesitum est, cujus temporis aestimatio fieret; utrum cum datum esset, an cum lis contestata fuisset. an cum res judicaretur*, etc. ecce pretium officio judicis petitur, nam actio tantum competit, ad rem promissam petendam, non ad pretium. In obligatione autem faciendi, pecunia non venit solvenda officio judicis, sed jure actionis, et ex substantia ejusdem obligationis, quia inest illa conditio, si factum non fuerit, pecuniam dandam esse, seu id, quod interest, *dicta l. si insulam*, 84. et *l. stipulationes*, 72. *ff. de verbo. obligat.*
31 Ad quartam respondetur *d.* §. *similem*, ita loqui, et sequentia sunt ejus verba. *Si quis opus facere jussus, paratus est pecuniam dare reipublicae, ut ipsa faciat, cum testator per ipsum id fieri voluerit, non audietur, et ita Divus Marcus rescripsit*: licet enim prima facie textus videatur in terminis, attamen secundum subjectam materiam est intelligendus et solummodo habet locum in ultimis voluntatibus, non
32 vero in contractibus; nam est trita juris regula, disponat testator, et erit lex. Et ideo haeredes tenentur voluntatem defuncti adimplere in forma specifica, quia a testatore sunt honorati, ea praecipua ratione, cum nihil magis debeatur hominibus, quam ut supremae eorum voluntates adimpleantur, cum sint tamquam leges §. *disponat auth. de nupt.* et ita etiam loquitur imperator in *l.* 1. *c. de sacrosanct. eccles.* et est *ad literam*.
33 Nec locum habet regula, quod ab ultima voluntate, ad contractus, vel e contra currit argumentum; quia in praesenti casu non adaequantur; nam dispar est ratio, enim vero quando agitur de exequenda testatoris voluntate, illa specifice venit adimplenda. Et ideo si testator gravat suum haeredem ad faciendum aliquid adjecta poena, si haeres statim post mortem testatoris non fecerit, illico poenam incurrit: probat

Everardus in sua *topica juris*, *in verbis a contractu ad ultimas voluntates*, *sub. n.* 3, *versic. Nona sit*, *quod in ultimis voluntatibus*, *si poena adjiciatur*, *si quid factum non fuerit*, *statim id fieri debet*; *alioquin incurritur poena*, *Gloss. est singularis in l.* 1. *et ibi Jason. c. de his*, *quibus indign. in contractibus autem non prius locus est poenae*, *quam declaratum fuerit*, *amplius fieri non posse*, haec ille. 34

Secundo responderi potest cum testator jusserit, haeredem, ipsum facere, non vero pecuniam ad faciendum subministrare reipublicae, ut ipsa faciat, quia potest contingere, rempublicam, pecuniam, quam haeres eidem tradiderit, expendere posse in refectione potius aedificiorum ejusdem reipublicae, vel ad alios usos, quam destinarit testator, junta dispositionem textus *in l. pecuniam*, 7. *ff. de operibus publicis*, cujus haec sunt verba. *Pecuniam quae in opera nova legata est, potius in tutelam eorum operum, quae sunt, convertendam, quam ad inchoandum opus erogandum Divus Pius rescripsit scilicet*, *si satis operum civitas habeat*, *et non facile ad reficiendum pecunia inveniatur*, cum ergo testator expresse voluerit, ut ipsemet haeres faceret, ut ait textus, illud praeceptum factum est ad eum finem, nempe, ut opus fieret ad honorem ipsius testatoris, ut ut appareret de liberalitate ejusdem in republica, si ergo sic mandavit, onus quoque erat ipsius haeredis illud opus facere, ut voluntatem defuncti adimpleret, prout lex disponit; hoc est enim jus singulare constitutum ad utilitatem ultimarum voluntatum, quod non debet allegari in consequentiam, et ad legem constituendam generalem. *l. jus singulare*, 16. *ff. de legibus*, dicendo. *Jus singulare est*, *quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*, et ideo ab obligatione injuncta a testatore haeredi non est inducendum argumentum pro obligationibus, seu promissionibus contrahentium.

Ad quintum respondetur concedendo majorem propositionem, et potentiorem nempe esse expressam hominis dispositionem, et in casu, de quo agimus non constat de expressa hominis dispositione contraria, sed tantum de dispositione legis tacite contenta in contrahentium voluntate, et quod postea deducitur ex *l. si haereditatem* 28. *ff. de donation.* non officit nostrae conclusioni, quia ex ea non deducitur promissorem facti praecise teneri facere, haec enim sunt ejus verba. *Haereditatem pater sibi relictam*, *filiae sui juris effectae donavit*: *creditoribus haereditariis filia satisfacere debet*, *vel si hoc minime faciat*, *et creditores contra patrem veniant*, *cogenda erit per actionem praescriptis verbis patrem adversus eos defendere*, haec enim consequentia non est bona. filia velit, nolit tenetur creditoribus satisfacere ergo praecise cogitur ad praestandum factum; etenim satis- 37
facere importat solutionem, *l. satisfactio.* 52. *ff. de solut. et liberat.* ibi *satisfactio pro solutione est*, certum est quidem filiam cogi posse ad satisfaciendum creditoribus, vel uno, vel alio modo, hoc est si solvere debet tradere pecuniam, vel si pater, aut testator factum promiserat, tenetur satisfacere, etiam hoc factum, nempe si est in tempore factum praestandi, ut illud praestare possit, si velit, sin minus dare pecuniam, quae omnia important satisfactionem, et illud argumentum est modici valoris.

Ad sextum respondetur, non constare de tali industria, 38
nisi fuerit expressa in stipulatione, seu conventione: quidquid enim est omissum in stipulatione pro omisso habendum est. textus ad literam in *l. quidquid* 99. *ff. de verbo. obligat.* *Quicquid adstringendae obligationis causa dictum est*, *id nisi palam verbis exprimatur*, *omissum esse intelligendum est*: *aut certe secundum promissorem interpretamur*: *quia stipulatori liberum fuit verba late concipere.*

Ad illius confirmationem pariter respondetur promissorem utique habere electionem, vel praestandi factum vel dandi pecuniam pro ut supra saepius diximus. Stipulator autem non habet hanc electionem; nam durante tempore ad praestandum factum, non potest cogere promissorem ad faciendum, sed elapso tempore faciendi potest petere id, quod sua interest, scilicet pecuniam dare.

Ad septimum respondetur esse in facultate liberti, vel praestandi operas, vel illorum aestimationem, ita probat textus *in l. in stipulationibus* 54. §. *operarum ff. de verborum obligationibus* in illis verbis. *Solutio autem ejus obligationis expeditissima est*, *si aestimationem operae malit libertus offerre*: *aut si consentiant patroni*, *ut his communiter operae dentur*, et sic nihil contra nos.

Ad octavum respondetur textum illum loqui de actione rea-

li rei vendicationis, quando quis rem suam petit, possessor enim in eo casu tenetur restituere; et praecise cogitur restituere, et sic pariter nihil contra nos.

Ad nonum ad doctrinam Abbatis respondetur illud esse speciale in matrimonio. Immo maritus, et uxor praecise debent cogi simul cohabitare, quando non obstaret aliquod impedimentum, vel non sequutum fuisset divortium.

Ad ultimum respondetur nullam fieri novationem sed tantum verificari, id, quod in stipulatione deductum est, enim vero stipulatio est concepta sub illa conditione, si promissor non praestiterit factum intra tempus ad illud praestandum, eo elapso tenetur dare id, quod interest stipulatoris, quia hoc ex natura stipulationis facti in eadem conventione continetur, et per consequens cessat hujusmodi objectio inducendi novationem in quo nullo modo cadere potest.

Restat etiam respondendum ad ea, quae nos diximus in libro primo de aqueductu *cap. quart. quaest.* 2. ubi sustinuimus stipulationem servitutis esse dandi, non faciendi, et propterea in eadem *quaest.* sustinuimus pariter promissorem in stipulatione faciendi praecise cogi facere posse, ut ibi *n.* 47. *et sequent.* diximus stipulationem esse contractum nominatum in quibus non est licita poenitentia, et hac ratione videbatur dicendum, posse promissorem praecise cogi. Quidquid sit, sive stipulatio sit contractus nominatus, sive non, vel stipulatio indeat, et sapiat naturam contractus cui adjicitur, hoc unum est non cadere poenitentiam in stipulatione faciendi, et quod ita inter contrahentes fuit conventum, ut quidquid ex eo fuerit sequutum, id totum sequutum sit voluntate partium. Nam ut diximus in stipulatione faciendi, durante tempore faciendi, stipulator non potest cogere promissorem, factum praestare. Saepe saepius enim diximus factum non esse in obligatione sed in praestatione, et eo non praestito transfunditur illa praestatio, vel illud factum in obligatione ad id, quod interest stipulatoris, scil. dare oportere, pecuniam, et haec est in petitione, factum vero in praestatione.

Haec sunt, quae moverunt animum meum ad recedendum ab his quae dixi in libro primo de aqueductu *cap.* 4. *quaest.* 2. impugnando utramque quaestionem, nempe illam, quam in praecedenti quaestione resolvimus, et hanc praesentem. Digneris ergo humanissime lector ponderare, quae diximus in praecedenti, et sequenti quaestione, et postea diligenter consideratis, quae diximus dicta secunda quaestione, et omnibus ad invicem comparatis ad tui libitum fac judicium.

QUAESTIO VIII.

An usufructuarius teneatur cavere pro usufructu tam proprio quam improprio, et etiam conficere teneatur inventarium.

SUMMARIUM.

1. Usufructuarius an teneatur cavere tam pro usufructu proprio, tam improprio, et inventarium conficere, antequam uti et frui possit.
2. Ususfructus duplex est, proprius, et formalis, et improprius, qui consistit in rebus, quae usu consumuntur.
3. Cautio ab usufructuario praestanda importat etiam rei usufructuariae descriptionem, ad cognoscendam deteriorationem in re usufructuaria.
4. Cautio ab usufructuario praestanda duplex quoque est, prima est de utendo fruendo arbitrio boni viri, quae pluries committi poterit. Secunda de restituendo usufructu finito, vel capitis diminutione, vel morte.
5. Usufructuarius tenetur conficere inventarium nedum rerum immobilium sed etiam mobilium.

1 Licet servitus ususfructus personalis sit constituta in ultima voluntate attamen differt ab aliis servitutibus realibus, quia nisi caveat non potest gaudere beneficio ususfructus, et prius praestet cautionem de utendo fruendo arbitrio boni viri, quod secus est in aliis servitutibus personalibus, et realibus, quibus constitutis in ultima voluntate statim, et illico legatarius servitutis ea uti poterit. *l. si partem* 19. *§. si per fundum*, *ff. quemadmodum servitutes amittantur.*

Verum, quia hujusmodi cautio duobus modis praestari potest, primo pro rebus in quibus proprie constitui nequit ususfructus, sed tantum improprie, quando consistit in rebus, quae usu consumuntur, veluti in pecunia, et aliis rebus mobilibus, quae usu consumuntur, pro his praestatur cautio de illis restituendis finito usufructu secundum aestimationem, quae mobilia fuerint aestimata ad formam *textus in §. constituitur instit. titul. de usufr.* cujus sunt verba. *Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo, et aedibus, verum etiam in servis, et jumentis, et caeteris rebus, exceptis iis, quae ipso usu consumuntur. Nam haeres neque naturali ratione, neque civili, recipiunt usumfructum, quo numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta, quibus proxima est pecunia numerata. Namque ipso usu, assidua permutatione extinguitur quodammodo. Sed utilitatis causa Senatus censuit, posse etiam earum rerum usumfructum constitui: ut tamen eo nomine haeredi utiliter caveatur. Itaque si pecuniae ususfructus legatus sit, ita datur legatario, ut ejus fiat, et legatarius satisdet haeredi de tanta pecunia restituenda si morietur, aut capite minuetur. Caeterae quoque res ita traduntur legatario, ut ejus fiant, sed aestimatis his satisdatur, ut si morietur, aut capite minuatur, tanta pecunia restituatur, quanti hae fuerint aestimatae. Ergo Senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum, (nec enim poterat) sed per cautionem quasi usumfructum constituit.*

Hinc etiam Ulpianus in *l. prima ff. de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur* concordat cum dicto §. dicendo. *Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cujuscumque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit. Quo senatusconsulto inductum videtur, ut et earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur, possit ususfructus legari;* licet Cajus in *l. secunda eodem titulo ait. Sed de pecunia recte caveri oportet his, a quibus ejus pecuniae ususfructus legatus erit. Quo a senatusconsulto non id effectum est, ut pecuniae ususfructus proprius esset.* Sequitur enim reddendo rationem dicendo. *Nec enim naturalis ratio auctoritatem senatusconsulti mutari potuit, sed remedio introducto coepit quasi ususfructus haberi.* Ecce in his rebus quae usu consumuntur, proprie non consistit ususfructus, sed dicitur ususfructus improprie. Tenetur enim usufructuarius praestare cautionem, vel de restituenda aestimatione vel pretio earum rerum, quae usu consumuntur. Et respectu pecuniae, quae fit ipsiusmet usufructuarii, praestare cautionem de ea restituenda finito usufructu. Et ita tam res mobiles, quam pecunia fiunt ipsius usufructuarii, eo quod proprie non possit in eis constitui ususfructus nisi fiant ipsius usufructuarii. Et ita haec cautio differt a cautione, quae praestatur ab usufructuario respectu proprii ususfructus, de qua cautione, mox subjiciemus ejus materiam et essentiam. 2

De secunda autem cautione, quam tenetur usufructuarius praestare pro rebus, in quibus proprie ususfructus consistit, loquitur Ulpianus in *l. prima* in haec verba. *Si cujus rei ususfructus legatus sit aequissimum praetori visum est, de utroque legatarium cavere; ut usurum se boni arbitratu, et cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum, quod inde extabit. Haec stipulatio, sive mobilis sit res, sive soli interponi debet.* Cautio autem haec est ut in *§. cavere eadem lege*, in haec verba. *Cavere autem debet boni viri arbitratu perceptum, in usumfructum, hoc est, non deteriorem se causam ususfructus facturum; caeteraque facturum, quae in re sua faceret*, praestatur autem haec cautio in dicta rei descriptione in eo statu, in quo reperitur tempore praestitae cautionis, ad hoc ut sciatur, an res, in qua est constitutus ususfructus, sit facta deterior ad formam textus *in §. recte autem eod. titul.* in haec verba. *Recte autem facient et haeredes, et legatarius, qualis res sit, cum frui incipit legatarius in testatum redegerit, ut inde possit apparere, an et quatenus rem pejorem legatarius fecerit. utilius autem visum est, stipulatione de hoc caveri, ut si quis non boni viri arbitratu utatur, committatur stipulatio statim, nec expectandum sit, ut amittatur ususfructus.* 3

Duae igitur sunt causae, quae continentur in illa stipulatione cautionis, quas enumerat, §. *habet autem*, in eadem *lib.* 1. in haec verba, *habet autem stipulatio ista duas causas; unam si aliter quis utatur, quam vir bonus arbitratur, aliam de usufructu restituendo. Quarum prior statim committetur, quam aliter fuerit usus, et saepius committeretur; sequens committetur finito usufructu. Sed quod diximus id, quod inde extabit, restitutum iri, non ipsam rem stipulatur proprietarius (inutiliter enim rem suam stipulari videretur) sed stipulatur restitui, quod inde extabit. Interdum autem inerit proprietatis aestimatio, si forte fructuarius, cum posset usucapionem interpellare, neglexerit, omnem cum rei curam suscepit*, ex quo textu satis apparet explicata utraque cautio, in quod se extendat, et idem tradit *Castill. de usufruct. cap.* 14. *n.* 2. *et n.* 3. ad quem me remitto. 4

Pariter tenetur usufructuarius conficere inventarium, seu descriptionem, nedum rerum mobilium, sed etiam immobi- 5

litium, ad effectum cognoscendi, si fuerint deteriorata, et ad effectum conservandi jura haeredis; ne pereant ad formam textus in d. §. recte, non supra extenso, et ut probat idem Castill. loco cit. n. 4. quod inventarium, seu descriptio poterit etiam fieri in ipso instrumento, in quo praestabuntur cautiones, describendo rerum omnium statum, in quo reperiuntur, vel si agatur de rebus mobilibus, in quibus proprie non cadit usufructus, sed tantum earum aestimatio, sciatur, quid sit restituendum, ita idem Castill.

QUAESTIO VIII.

An usufructuarius, qui male utitur usufructu, deteriorando proprietatem, sit privandus usufructu.

SUMMARIUM.

1. Usufructuarius, qui male utitur re usufructuaria, an possit usufructu privari duae sunt sententiae, affirmativa, una negativa, alteram primam sequitur Castillus de usufructu, c. 21. n. 9.
2. Emphyteuta deteriorans rem Emphyteuticam potest ea privari.
3. Dominus proprietatis, si male versetur circa rem durante usufructu potest conveniri.
4. Usufructuarius re usufructuaria male utens potest prohiberi, ne usufructu utatur.
5. Usufructuarius tenetur fundum recte colere, et eo uti arbitrio boni viri.
6. Cautio praestita ab usufructuario de utendo, fruendo arbitrio boni viri secundum Castillum non est sufficiens ad conservandum jus proprietarii, praecipue ne occultetur veritas usufructus.
7. Remedium unum alterum non tollit.
8. Usufructuarius, si rem non reficiat, expellitur ab usufructu.
9. Delictum gravius est in committendo, quam in omittendo.
10. Usufructuarius praestita cautione de utendo, fruendo arbitrio, boni viri, fundum deteriorans non potest expelli ab usufructu, illoque privari, sed tantum tenetur ad damna et interesse.
11. Damnum, quod datum fuerit per usufructuarium, reparandum est per cautionem praestitam una cum interesse ex vi descriptionis, et aestimationis factae ante ingressum usufructus.
12. Stipulatio usufructuarii pluries potest committi.
13. Regula est, quod ubi poena privationis non est a lege inducta, ea non venit inducenda, nisi lex expresse statuat.
14. Regula, quod lex non dicit, neque nos dicere debemus.
15. Interpretatio, L. hoc amplius 9. §. Celsus cum aliis sequent. ff. de damno infecto quomodo sit intelligenda.
16. Usufructuarius tenetur satisdare ratione damni infecti, quando dominus non repromisit, et uno, vel altero non praestante fidejussionem, praetor ad immissionem procedit ad formam textus, L. si finita §. ea hac edicto.
17. Dominium non acquiritur et possessio nisi per secundum decretum.
18. Decretum primum et secundum habent locum contra contumacem, vel non cavendo et secundum interrogatae.
19. Usufructuarium non cavens de damno infecto prohibetur uti frui.
20. Usufructuarius, qui tenetur reficere quando est modica impensa, a domino prohibetur uti frui, secus si de magna.
21. Dictio, idem, significat identitatem cum praecedentibus.
22. Usufructuarius, si de suo cavit quid praestiterit, dominium illius non acquirit.
23. Creditor privatur jure pignoris, et requisitus cavere de damno infecto non caverit per satisdationem, secuto tamen semper secundo decreto, quia primum non sufficit.
24. Leges regulariter loquendo sunt interpretandae secundum rubricam, sub qua sunt positae.
25. Legis una pars alteram declarat.
26. Incivile est nisi tota lege perspecta, una particula ejus proposita, judicare vel respondere.
27. Lex in dubio semper est interpretanda secundum rubricam sub qua est posita.
28. Nigrum declaratur per rubrum.
29. Argumentum a paritate enumeratione est validum.
30. Testatoris voluntas summe exequenda venit, et observanda.
31. Authentic. qui rem c. de Sacrosanct. Eccles. loquitur in emphyteuta.
32. Odia sunt restringenda, et favores ampliandi.
33. Extensio non admittitur in odiosis.
34. Emphyteuta non potest alienare bona emphyteutica sine consensu domini, alias cadit in commissum.
35. Usufructuarius potest alienare usumfructum, absque consensu haeredis.
36. Usuarius non potest alii locare, vel vendere usum.
37. Usufructuarius quodammodo dicitur dominus usufructus, et de eo habet dominium.
38. Usufructus valetur jus fortius quam jus emphyteutae, et hic assignantur rationes, et differentiae inter utrumque.
39. Separat. separata debet esse dicti.
40. Usufructuarius potest quidem cogi recte colere fundum, non autem expelli ab usufructu.
41. L. si proprietarius 22. ff. de damno infecto interpretatur, una cum l. si duobus, 17. § si plures, ff. de noxal. action.
42. Usufructuarius tenetur, et ipse pro aestimatione usufructus in lite pro sua portione una cum proprietario, alias debet cedere usumfructum.
43. Usufructuarius ad modicam impensam tenetur in reficiendo sartis tectis.
44. Extremis malis extrema remedia sunt applicanda.

Duae sunt sententiae, una affirmativa, altera negativa. Affirmativa videtur verior, et communior, ut ait Castillus cap. 21. n. 9. nempe usufructuarium non utentem, et fruentem arbitrio boni viri, res fructiferas deteriorantem, ut virides, et fructiferas arbores incidentem, expelli posse, et jus usufructus amittere, per textum in authen. qui rem, c. de sacrosantis Ecclesiis, et licet textus illi loquantur in emphyteuta a fortiori ratione procedere debere in usufructuario, cum jus ejus debilius sit jure emphyteutae. 1

Primum fundamentum deducunt ex dicta Authen. qui rem ubi emphyteuta deteriorans rem emphyteuticam potest ab ea expelli, quanto magis usufructuarius, qui jus debilius habet quam emphyteuta. 2

Secundo per textum in l. 2. ff si usufructus petatur, ubi durante usufructu potest dominus proprietatis conveniri, si deteriorem reddat usumfructum, ergo majori ratione usufructuarius poterit conveniri, ut probat Garzias de expensis, et meliorationibus, cap. 11. n. 14. 3

Tertio extat textus expressus in l. hoc amplius 9. § final. ff. de damno infecto, quae dicit usufructuarium male utentem posse prohiberi, ne usufructu utatur. 4

Quarto usufructuarius tenetur fundum recte colere, l. eidem si fundi 10. ff. de usufructu, et uti, et frui arbitrio boni viri; ergo si id non facit, sed potius contrarium, resolvi debet jus ejus per textum in Authen. cui relictum, c. de indict. viduitate tollend. et quod probat Barbos. in l. divortio in §. si fundum ff. solut. matrimon. 5

Quinto comprobatur per textum in l. si proprietarius ff. de damno infect. et in l. si ex duobus §. si plures, versic. sed praetorum, ff. de noxalib. action.

Sexto sit Castill. cautio illa de utendo fruendo arbitrio boni viri ab usufructuario praestita, non est sufficiens pro conservando jure proprietarii, nisi quoque usumfructuarium male utentem, et res fructiferas deteriorantem posset proprietarius statim expellere, quia facile posset occultari veritas usufructus concessi, et probatio deteriorationis redderetur difficillima, ita probat Garz. de expens. et meliorat. supra citatus, et respondet idem Castillus ad l. 1. §. habeat antea ff. usufructuar. quemadmod. caveat. et l. sed, et si quid, § et generaliter, ff. de usufruct. dicendo. Quod licet dicatur, ibi, committi stipulationem de utendo, et fruendo arbitrio boni viri, si usufructuarius aliter utatur, non tamen per hoc sequitur, quin etiam possit expelli: quia diversa sunt remedia, et unum alterum non tollit, neque restringit, ut ibi ex Costrens. 6 7

Tandem idem Castillus n. 8. adducit textum in l. usufructu legato, et in l. hactenus. ff. de usufruct. ubi usufructuarius perpetuo prohibetur, et repellitur ab usufructu, si rem non reficit, ergo fortius, si eam deterioret, quia gravius est delictum in committendo, quam in omittendo, secundum Gloss. et doctores in l. si mora, ff. solut. matrim. et plures alios auctores, quos idem Castill. ibidem citat. d. n. 16. Et cardinalis Hieronymus Albanus in rubric. ff. de usufruct. in fine resolvens fructuarium male utentem, privari posse usufructu, etiam si cautionem praestitisset, et alia plura idem Castill. congerit. 8 9

Quidquid sit, hoc unum est rationes, et leges quas adducit Castill. una cum aliis auctoribus, non convincunt meum intellectum, facilius enim est debellare exercitus, quam intellectum, qui nisi ratione convincitur, protestor me discipulum esse tanti viri, et hominem sapientissimum existimare, nec minus digito coelum attingere intendo, cum sim minimus inter scribentes; et si sententiam negativam sequor, non alio ductus sum fundamento, quam quod ll. adductae mihi non videntur intentum adversantium probare, et praecipue attentis, quae dicturus sum, quibus humanissime lector diligenter ponderatis, te judicem constituo, si bene tuo quadrabunt intellectui, da gloriam Deo, si non haec mea scripta inserviant tibi pro contrariis, quibus tu ipsemet respondebis; intantum satisfeci conscientiae meae, quia legis veritatem constanter semper sequi volui, et ne aliqua nota me afficias, si credideris totum hoc dixisse, ut alios vellem antecellere, sed finis meus est solum dicendi quid sentiam pro veritate.

Nostra igitur sit conclusio: usufructuarium praestita cautione de utendo fruendo arbitrio boni viri deteriorantem fundum, cujus habet usumfructum, vel incidendo arbores, vel aliter male se habentem nullo modo compelli posse, seu usufructu privari, sed tantum teneri ad damna, et interesse; 10

hoc primum probat textus in *l. 1. in § cavere. ff. quemadmod. usufructuarius caut.* dum jubet eum supradictam cautionem praestare effectus est; ut proprietarius habeat unde sibi cavere possit pro damno si inferatur; alias Ulpianus non gravasset usumfructuarium talem praestare cautionem, quando per expulsionem provisum fuisset proprietario. Et ideo notandus est modus loquendi Ulpiani *in § recte autem*, immediate sequens post § *cavere*, in haec verba.

Recte autem facient et haeres, et legatarius, qualis res sit, cum frui incipit legatarius, si in testatam redegerit (hoc est, si rem utendam fruendam descripserit, prout est
11 tempore incipiendi usumfructum, forsan illam aestimando) *ut inde possit apparere, an et quatenus rem pejorem legatarius fecerit. Usibus autem visum est, stipulatione de hoc caveri, ut si quis non boni viri arbitratu utatur, committatur stipulatio statim; nec expectandum sit, ut amittatur usufructus*, notanda sunt verba, et signanda mysteria, dicit enim *statim committatur stipulatio, an male usus fuerit usufructuarius, re fruenda, et non sit expectandum tempus, quo fuerit finitus usufructus*, vel amissus; ergo signum est usufructuarium teneri solummodo ad damna resarcienda, et ad interesse, non expectando id consequi, postquam amissus erit ususfructus, vel morte, vel capitis diminutione.

Hoc autem magis comprobatur ex paragrapho immediate
12 sequenti, videlicet, § *habet autem* haec sunt verba. *Habet autem stipulatio ista duas causas; unam si aliter quis utatur, quam vir bonus arbitrabitur; aliam de usufructu restituendo, Quarum prior statim committetur, quam aliter fuerit usus; et saepius committetur; sequens committetur finito usufructu.* Judicio meo nihil melius desiderari potest ad confirmandam nostram conclusionem, Si enim saepius committetur talis stipulatio, ergo signum est J. C. noluisse privare, vel expelli usufructuarium, alias non bene dixisset, *saepius committetur*, et statim, hoc est, illato damno, statim commissam esse stipulationem, hoc est, statim etiam proprietarius potest consequi damna illata rei usufructuariae, nec erit expectandum tempus amissionis usufructus, ergo signum est, statim proprietarium consequuturum damna, et interesse, aliter aliqua nota afficererur Ulpianus, quare non expresserit ea, quae erant necessario exprimenda, debuisset enim dicere, seu exprimere, quoties usufructuarius re usufructuaria male abuteretur, posse expelli, sed tantum sistit, ut sit commissa stipulatio, nec ad consequendum interesse, damna, esse expectandum usumfructum esse amissum, sed statim potest agere non ad expulsionem, (de qua nec verbum quidem) sed ad damnorum conventionem, haec est interpretatio germana, quae aliqua non indiget cavillatione.

13 Et ideo intrat regula, quod ubi non est poena privationis ea non venit inducenda, nisi lex eam expresse statuat, § *sin autem. autentic. de non eligend. secund. etc.* in illis verbis, *nec qualibet est lex, aliquid tale dicens*, et textus *in l. et si 14. § idem labeo. ff. de religios. et sumpt. funer.* in illis verbis. *Divus autem Marcus rescripsit eum haeredem; qui prohibet funerari ab eo, quem testator elegit, non recte facere: poenam tamen in eum statutam non esse*, at de hac materia satis diffuse loquitur *Felin. in c. translato, de constit. sub n. 12.* in haec verba. *Idem ubi imponitur poena privationis, quia illa numquam imponitur, nisi lex hoc expresse dicat. Secundum Baldum. in auth. ex testamento. c. de collat. Glos. in cap. fin in verbis, ex vi jurispatronatus. in fine, versic. propter hoc non puniuntur. et idem Felin. in c. ex parte n. 2. de rescript. et idem Felin in c. querelam sub n. 7. de jure jurand. et idem Castill. hanc dicit*
14 *esse communem.* Sed sic est, quod per dictos § *recte*, et § *habet*, supra extensos nulla fit mentio poenae, sed tantum committi stipulationem, quae et pluries committi potest; et est regula generalis, quod lex non dicit neque nos dicere debemus, ad rem facit textus *in c. inter corporalia. 2. de translat. Episcop* in illis verbis. *Unde si circa translationem idem fieri voluisset, quod de cessione dixerat; et de translatione poterat expressisse, et quod non est sanctorum patrum decreto sancitam, superstitiosis non est adinventionibus praesumendum, idem probat, c. consuluisti. 2. qu. 5.* erubescimus ergo sine lege loqui.

Dicunt adversarii hoc expresse probari *in l. hoc amplius. 9. § Celsus, ff. de damno infect.* sed si diligenter ponderentur verba dicti textus evidenter constabit nostram probare conclusionem; et miror, quomodo tam graves auctores ausi sint allegare dictum textum illum non probantem eorum in-
15 tentum, in medio adducam verba ejusdem § et haec sunt.

Celsus recte scribit, si aedium tuarum ususfructus Titiae est, damni infecti dominum repromittere, aut Titiam
satisdare debere, haec pars de se est clara, unum de duobus 16
esse praestandum; vel dominum repromittere ratione damni infecti, quod minantur aedes quarum ususfructus est Titiae, aut Titiam satisdare ratione damni infecti, et quoties unus vel alter de damno infecto non caverit, tunc praetor procedet ad missionem in possessionem bonorum, quae ejus aedificia ruinam, vel damnum minantur, per primum decretum ad formam textus *in l. si finita 15. § ex hoc edicto, ff. de infect.* ibi. *Ex hoc edicto, si non caveatur, mittitur in possessionem a praetore in eam partem, quae ruinosa esse videtur*, juncto § *Julianus ejusdem legis*, in haec verba. *Julianus scribit, eum, qui in possessionem damni infecti nomine mittitur, non prius incipere per longum tempus dominium capere, quam*
secunda decreto a praetore dominus constituatur, ergo in 17
titulo de damno infecto non imponitur poena privationis rei, nisi servata forma a lege praescripta, videlicet quando ipse, ad quem spectat cavere de damno infecto, attenta ejus contumacia praetor mittit in possessione domus ruinosae, is, qui damnum timet, quare id facit? quia is, qui tenetur cavere,
recusat, ergo totum id provenit ex ejus contumacia, qua at- 18
tenta, fit missio ex primo decreto, et si intra annum contumax non compareat praetor procedit ad secundum decretum, per quod postea transfertur dominium, ut explicant interpretes *in d. § Julianus, et in specie Bart.* ecce quod amittitur, culpa ipsius recusantis cavere amittitur, hoc autem venit imputandum ei, ex regula, damnum, quod quis sua culpa sentit, sibi non alteri esse imputandum, si ergo dominus, vel usufructuarius non caverit, utique prohiberi potest, ne utatur, non propterea dicitur absolute privatus; sed tantum sub conditione, quatenus non satisdederit, ergo absolute non est privandus usufructu, prout deducunt adversarii ex eo §, sicuti non debet esse deterioris conditionis, ac est dominus proprietatis, qui post missionem habet tempus unius anni ad comparendum, et ad purgandam contumaciam, qui prius non audietur, nisi refectis impensis, quae materia clare explicatur *in d. l. si finita per totam l. ad quam me remitto*; et ita venit concedendum usufructuario; et hoc magis declarabitur per ea, quae statim hic subjiciemus.

Sequitur ergo textus in *d. § Celsus. Quod si in possessio-*
ne missus fuerit is, cui damni infecti cavendum fuit, Ti- 19
tiam uti frui prohibebit. hoc est, quod diximus supra, quia cautum non fuit neque per dominum proprietatis, neque per usufructuarium, ideo processum fuit ad missionem, et per consequens juste venit prohibendum Titiae, ne utatur, atque fruatur: sed sic est, quod haec prohibitio non importat ususfructus privationem absolutam, sed tantum temporariam, donec et usquequo caveatur, ergo ex hoc textu male deducitur illa consequentia, quod usufructuarius male utens re usufructuaria ab usufructu possit expelli, quia textus hoc non dicit, sed tantum loquitur de cautione respectu damni infecti, qua non praestita proceditur ad immissionem, et ita ex diversis non fit illatio.

Sequitur pariter Ulpianus in *d. § Celsus. idem ait eum quoque fructuarium, qui non reficit, a domino uti frui pro-*
hibendum. haec verba supponunt usufructuarium fuisse obli- 20
gatum reficere, quia agebatur de modica impensa, non autem de magna, ut explicat *Glo. ibidem, in verbis, non reficit*, et pleno calamo scribit. *Garzias de expensis, cap. 11. per totum*, et praecipue a n. 25. *usque ad finem*, et ad eum me remitto, hinc quatenus recuset reficere, uti prohiberi potest ne utatur, fruatur ad formam tamen damni infecti; prout indicat
illa dictio. *Idem*, quae identitatem demonstrat *August. Barb.* 21
de diction. In dictione idem. 143. n. 1. et sequent. ergo usque per haec verba potest deduci illa praetensa consequentia usumfructuarium posse expelli ab usufructu, aliud enim est expelli, aliud prohibari, ne utatur, donec, et usquequo satisdederit; ut quadret titulo, in quo est posita illa dispositio.

Sequuntur finalia verba ejusdem § *Celsus: Ergo etsi de damno infecto non cavet, dominusque compulsus est, repromittere, prohiberi debet frui.* Et hoc jure merito, quia ut in principio dixit Ulpianus usufructuarius satisdare debet, si vult uti, et quatenus recuset, prohiberi debet uti frui donec caveat, vel satisdet, ergo non debet privari usufructu, nisi, ut saepe saepius dictum est servata forma tituli de damno infecto in cautione praestanda, non propterea talis forma est extendenda ad expulsionem ejusdem usufructuarii, seu privationem, quatenus male utatur usufructu, cui malo jam provisum est per cautionem ab eo praestitam de utendo fruen-

do arbitrio boni viri, ergo, cum nullo lege caveatur usufructuarium esse privandum, et expellendum ab usufructo, neque contrarium affirmari poterit, nisi per somnistam inductionem adversantium. sanomodo semper loquendo, quatenus scilicet intelligant, loquantur absolute de privatione ususfructus secus vero, si loquantur, de prohibitione temporali ad formam primi, et secundi decreti praetoris. Juxta integralem dispositionem, *l. si finita, ff. de damno infecto*, et quod textus ille *in l. §. Celsus*, ita sit interpretandus, et regulandus, quatenus essemus in dubio, cum simus in claris.

Optime *lex sequens d. §. Celsus, quae est l. 10. ff. eodem tit.* confirmat nostrum discursum, et intelligentiam: haec sunt ejus verba. *Quamvis alienus ususfructus sit, dominum repromittere oportere Cassius ait. Et nisi proprietarius in totum repromittat, vel fructuarius satisdet, mitti oportet eum in possessionem, ubi non cavetur. Sed nisi proprietario repromittenti fructuarius caveat, denegandam ei fru-* 22 *ctus perceptionem. Julianus scribit. Sed si fructuarius de suo vitio quid praestiterit, jus dominii ad eum transferri oportet*; denegatur ergo ususfructuario ususfructus toties, et quoties non satis lederit domino repromittenti, sed semper cum illa conditione, seu sub illa forma, praecedente primo, et postea subsequente secundo decreto, prout etiam loquitur textus *l. si finita*, 15. *§. si qua sint jura, versic. item quaeritur, ff. de damno infect.* ait. *Item quaeritur in pignoratitio creditore, an pignoris persecutio denegetur adversus eum, qui jussus sit possidere? Et magis est, ut si neque debitor re-* 23 *promisit, neque creditor satisdedit, pignoris persecutio denegetur, quod et in fructuario recte Celsus scribit*, ibi explicat Glossa, tum in casu, tum in verbis, *missus est* videlicet in possessionem ex secundo decreto, ratione cujus possessor efficitur dominus, sed quare efficitur dominus, non alia ratione, nisi quia interposito primo decreto, non comparuit, et ita lapsus est annus, et processum fuit per praetorem ad secundum decretum, ob nimiam debentis praestare cautionem contumaciam, et ita sua culpa amittit usumfructum, vel pignus, aut servitutem; sic disponit *d. §. si qua sint jura debita his, qui potuerunt de damno infecto satisdare, deneganda erit eorum persecutio adversus eum, qui in possessionem missus est, et ita labeo probat*, scilicet ex secundo decreto.

Hinc usufructuarius non amittet usumfructum, nisi ipse voluerit, ob contumaciam non satisdando, cui debet, et nisi procedatur juxta dispositionem tituli de damno infecto, et ideo nullo modo ex supradictis juribus directe, nec per indirectum deduci potest illa consequentia. Usufructuarium male utentem re usufructuaria ab usufructu posse repelli, nisi secundum formam tituli, sub quo positae sunt leges, sed sic est quod leges loquuntur, usufructuario prohibendum esse usumfructum, si non satisdederit de damno infecto, ergo non ob malum rei usufructuariae.

Ad quorum comprobationem adducemus regulam illam 24 generalem, leges semper esse interpretandas secundum rubricam, sub qua sunt positae; ita probat. *Federicus Scottus, in l. 1. ff. si cert. petat. sub. n. 61. volum. 2. repetent.* in haec verba. *Numquid ab ubertate tituli contextus ariditas, quicquam mutuetur? Instit. de oblig. quae ex delict. in principio ubi Glos. instit. de justitia, et jure ubi Glos. Et receptum est, quoties rubrica ex generalitate verborum clara est, contextus vero subsequens ambiguus; tunc con-* 25 *textum per rubricam declarari, ut quemadmodum una pars* 26 *legis alteram declarat ex l. incivile, ff. de legib. ubi incivile est nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita judicare, vel respondere, et clarius Glos. ibid. in verbis incivile etc. ibi etiamsi sint plures aliae leges conjunctae. Idem probat Joh. Annibal. in rubric. ff. solut. matrim. sub n. 461. Repetenti col. 3. et idem Joh. Annibal. super l. post contractum, ff. de donation. n. 31.* in haec verba. *Nam in dubio semper lex debet interpre-* 27 *tari secundum rubricam sub qua est sita* per textum *in l. regula § fin ff. de juris et fact. ignorant.* in illis verbis. *Nam initium constitutionis generale est*, et idem *Annibal. in eod. l. sub n. 32. volum. 5. pariter. Idem Annibal.* 28 *in rubric. ff. de usucapion. sub n. 5.* ibi, et nigrum declaratur per rubrum *Jason. in rubric. instit. de action.* et plures alios citat auctores.

Tum etiam probatur argumento deducto a partium enu- 29 meratione, quod est validum, optimum, et necessarium, docet *Topica juris in loco a partium enumeratione*, et in *tit. ff. quemadmod. ususfructus amittatur*, enumerantur casus, in quibus amittitur ususfructus, videlicet maxima, et media capitis diminutione, et morte, et pluribus aliis modis, ut per tot. titulum, *et diffuse Zoes. ad eumdem tit. 4. ff. lib. 7 et Wesembec. ibidem*, sed non reperitur modus ille amittendi usumfructum ratione mali usus; ergo tamquam chimericus ab aula est rejiciendus.

Similiter si lex voluisset usufructuarium amittere usumfructum ob malum usum rei, illud scivisset exprimere, immo illud expressisset in titulo. Quibus modis amittatur ususfructus, sed de hoc nec verbum quidem, ergo somnistos modus ob malum usum. Immo hoc praecipue expressisset, *in l. 1. et in ejus paragraphis* quando dixit, *in § habet*, stipulationem de utendo fruendo arbitrio boni viri saepius committi, quod secus est in stipulatione restituendi usumfructum in casu mortis, vel alterius modi finiendi usumfructum, ubi propria videbitur esse sedes talis privationis; sed in dictis paragraphis, et praecipue in *dicto §. habet*, nulla facta est mentio talis finis ususfructus, immo contrarium deducitur, si pluries committitur stipulatio, ergo licet prima stipulatio fuerit commissa ob malum usum rei usufructuariae, attamen non potest dici amissus ususfructus, quia saepius committi potest, ergo nec per primam, vel secundam commissionem poterit amitti ususfructus.

Tandem, propter incertas interpretationes, seu extensiones, non est impedienda exequutio voluntatis testatoris; 30 quam observantiam tam inculcant leges ut videri potest in *l. 1. c. de sacrosanct. eccles.* quando dixit; *nihil enim est, quod magis hominibus debeatur, quam ut supremae voluntatis, post quam jam aliud velle non possunt liber sit stylus, et licitum, quod iterum non redit, arbitrium*, cum ergo testator legaverit usumfructum exempli gratia Titio, non est ei mendicatis praetextibus auferendus nisi jure id expresse caveatur; sed de hac amissione ususfructus nihil constat in jure, nec aliqua reperitur lex, quae hoc dicat, ergo etc. restat modo respondendum ad argumenta in contrarium adducta.

Ad primum respondetur authenticam illam expresse loqui in emphyteuta, qui jus habet a domino directo differens a jure usufructuarii, ut infra mox demonstrabimus; in emphyteuta autem adest statuta poena privationis emphyteusis per *d. auth. qui rem c. de sacrosanct. eccles.* quae nullo 31 modo venit extendenda ad usufructuarium ex regula, odia potius esse restringenda, et favores ampliandos, *c. odia. 15.* 32 *de reg. jur. in 6.* et in odiosis non admittitur extensio. *Tiraquell. de retract. etc. in praefat. n. 62. et 63. et plures* 33 *alios refert. August. Barbos. in d. c. odia. n. 6. Gail. lib. 2. observat. 33. sub. n. 9. et observat 138 n. 10. Farinac. fragment. criminal. part. 2. lit. E. n. 115. Geminian. in c. statutum, de lection. in 6. Joh. Andreas in d. c. odia.*

Differunt autem inter se emphiteusis, et ususfructus; quia emphiteuta non potest emphiteusim alienare, et in alium 34 transferre sine consensu domini, *l. 3. c. de jure emphit. et si alienans cadit in commissum, d. l. 3.* Quod secus est in usufructu, nam usufructuarius potest usumfructum alienare alteri, illud vendere absque consensu haeredis, textus est ad 35 literam *in l. arboribus. 12. § usufructuarius, ff. de usufruct.* et haec sunt ejus verba. *Usufructuarius vel ipse frui ea re, vel alii fruendam concedere, vel locare, vel vendere potest. nam et qui locat, utitur; et qui vendit, utitur, sed et si alii precario concedat, vel donet, puto eum uti: atque ideo retineri usumfructum, et hoc Cassius et Pegasus responderunt, et Pomponius lib. 5. ex Sabino probat*, concordat pariter textus *in l. cui ususfructus, 74. ff. de usufructu*, dicendo, *cui ususfructus legatus est, etiam invito haerede eum extraneo vendere potest.* Justinian. quoque in *tit. de usu, et habitatione*, habet haec verba, *nec ulli alii jus,* 36 *quod habet, aut locare aut vendere, aut gratis concedere potest: cum is, qui usumfructum habet, possit haec omnia facere*; loquitur enim de usuario, qui neque locare, neque vendere potest usum; prout facere potest usufructuarius, et in terminis hujus nostrae differentiae inter emphiteusim, et usumfructum, loquutus est *Glossator in d. l. cui ususfructus 74.* in eisdem verbis, *usufructuarium vendere posse usumfructum sine consensu haeredis*, hoc dictum limitat in emphiteuta, dicendo, secus in emphiteuta, ut *c. de jure emphiteut. l. fin. §. 1.* concordat pariter textus, *in l. in venditione, 8. ff. de bon. auctorit. jud. possidend.* in haec verba. *In venditione bonorum etiam ususfructus venit; quia appellatione domini fructuarius quoque continetur.*

Nec nobis in hoc dicto est distinguendum, an per vendi- 37

tionem vendatur jus, vel commoditas, an si simpliciter vendat, incurrat poenam privationis ususfructus, quia hoc ad nos non spectat, et cui difficultatis pleno calamo satisfecit *Arias Pinell. in l. 1. part. 3. n. 39. c. de bonis maternis*, et ad eum me remitto, quidquid dicat contra eum *Zoes. ad tit. 1. ff. de usufructu. n. 22. et sequentibus.*

Hinc, cum evidenter appareat emphiteusim specie differre ab usufructo, fatendum est, id, quod est dispositum in uno, non habere locum in alio, et poenam privationis emphiteutae non esse extendendam ad usufructuarium.

Idcirco ridiculam puto illam propositionem, quam faciunt adversarii, usufructuarium habere jus debilius, quam emphiteuta. Dato, quod sit debilius (quod absolute negatur) non propterea possunt adversarii extendere poenam emphiteutae ad fructuarium, cum sint inter se diversa, nec ullam habeant ad invicem connexionem, prout evidenter patet ex natura rei.

Imo fortius est jus usufructuarii quam sit emphiteutae, primo quia usufructuarius facto legato ususfructus, illum jure proprio consequitur sine alicujus dependentia, ac retinet; quod secus est in emphiteuta, qui dependet a suo domino, nec sine illius expresso consensu potest dominium utile ad alium titulo alienationis transferre, prout facit usufructuarius. Secundo quia statim, et illico, ac praestitit cautionem, illico efficitur dominus ususfructus, et facit fructus suos absque alio periculo caducitatis, seu amissionis ususfructus, nisi in illis casibus a jure constitutis, de quibus in titulo. *ff. quibus mod. ususfruct. amitt.* inter quos non enumeratur expulsio ejusdem usufructuarii ob malum usum rei usufructuariae. Tertio quia plures sunt casus, in quibus emphiteuta potest incurrere poenam privationis emphiteusis, vel ob alienationem factam sine consenso domini, vel ob deteriorationem, vel ob pacta conventa non servata, vel ob lineam finitam, vel ob non solutionem canonis, et latius videri potest apud Fulgineum de emphiteusi in suis titulis, et quaestionibus, apud *Corbulum de jure emphiteut. clarum*, qui plenaris de hac materia scripserunt. Usufructuarius autem non amittit usumfructum, neque ob deteriorationem, quia pro ea praestat cautionem de utendo fruendo arbitrio boni viri, et cum per hanc sit cautus proprietarius, si fundus deterioretur, merito duplici onere non est gravandus usufructuarius; ob alienationem paritas ejusdem ususfructus, si illum alienat etiam contra haeredis voluntatem, non amittit usumfructum, *dicta l. cui ususfructus, 74. ff. de usufructu*, supra extensa; sed tantum ob mortem, vel naturalem vel civilem, videlicet ob maximam, et mediam capitis diminutionem, vel ob cessionem factam domino proprietatis, vel ob non praestitam fidejussionem rationis damni infecti, ut supra dictum est, ergo jus ususfructus est fortius jure emphiteutico, et non debilius, cum ergo evidenter appareat diversitas inter utrumque merito ex diversis nullo pacto fieri potest il-
39 latio, et separatorum separata debet esse ratio. *l. fin. ff. de columniator.* in illis verbis, *separatum est etenim calumniae crimen, a damno*, et argumento, *l. neque natales, 10. c. de probation.*

Ad secundum deductum ex textu *in l. 2. ff. si ususfructus petatur*, facilis habebitur responsio si ad literam deducatur, ait ergo Pomponius, *si ab haerede ex testamento fundi ususfructus petitus sit, qui arbores dejecisset, aut aedificium demolitus esset, aut aliquo modo deteriorem usumfructum fecisset, aut servitutes imponendo, aut vicinorum praedia liberando, ad judicis religionem pertinet, ut inspiciatur, qualis ante judicium receptum fundus fuerit, ut usufructuario, hoc quod interest, ab eo servetur.* Textus iste magis probat nostram conclusionem, quia si haeres damnificet usumfructum, tenetur ad interesse usufructuario, ergo e contra, et usufructuarius si fundum deterioret teneri pariter debet ad interesse haeredi, si autem adversarii velint extendere hunc textum respectu usufructuarii ad privationem ususfructus ob deteriorationem, esset extendere textum seu ejus decisionem, ad illud quod neque per somnium dicit, quod enim lex non dicit, neque nos dicere debemus; lex ergo loquitur de interesse, rationis paritas postulat, ut pariter usufructuarius haeredi teneatur ad interesse, non vero incurrat privationem ususfructus.

Ad tertium jam fuit responsum supra in versic. Dicunt adversarii ut supra, et ad ea est recurrendum pro vera solutione.

Ad quartum deductum ex *l. idem si fundi 10. ff. de usufruct.* ex quo, quia usufructuarius recte colere tenetur, ideo si recte colere tenetur, ideo si recte non colat, ergo est expellendus: haec sunt verba textus. *Idem et si fundi ususfructus sit legatus, quidquid in fundo nascitur, quicquid inde percipi potest, ipsius fructus est: sic tamen, ut boni viri arbi-* 40
tratu fruatur. Nam et Celsus lib. 18. digestorum scribit, cogi eum posse, recte colere, ergo si potest cogi, non potest expelli, sed officio judicis erit cogendus; haec autem coactio siquidem poterit fieri, si judex videns ejus protervitam, ac perseverantiam in male colendo agrum, poterit facere praeceptum sub poena privationis, quatenus perseveraret in mala cultura. Absolute autem, vel ex abrupto, non potest judex usufructuarium eum expellere prout videmus practicari, in recusante praestare cautionem damni infecti, attenta enim contumacia illius, judex procedit ad primum decretum, quod importat taedialem possessionem, ut contumax taedio affectus compareat, ad cavendum, et quatenus perseveraret in eamdem contumaciam, judex procedet ad secundum decretum, per quod transfertur in missum veram possessionem, et dominium. Nec obstat textus pro confirmatione argumenti adductus in autentic. *Cui relictum, c. de indict. viduit. tollend. etc.* cujus haec sunt verba.

Cui relictum quid fuerit a conjuge, vel a qualibet persona, ne secundas ineat nuptias, intra annum quidem non petat, nisi spes nuptiarum deficiat; post annum vero capiat. praestita cautione rei cum fructibus restituendae, si contra fecerit. Textus enim de se est clarus loquitur enim de relicto sub illa conditione, ne secundas contrahat nuptias, ergo illas contrahendo, amittit legatum sub tali conditione relictum, et ita dispar est ratio nostri casus ab hoc de quo loquitur *dicta autent. relictum*; nam in nostro casu adest clara legis dispositio, ut usufructuarius praestet cautionem de utendo, etc. et male utendo cautio illa importat interesse, et damna tantum, et nil aliud.

Ad quintum nempe *ad l. si proprietarius, 22. ff. de damno* 41
infecto, cujus haec sunt verba. *Si proprietarius de damno infecto repromisisset. vel forte aliquid praestitisset. aut contra fructuarius aliquid praestiterit, iniquum est alterum sine damno uti aedibus, aut aedes habere, et si obtulerit aliquid proprietarius, non est fructuario permittendum uti, nisi contulerit. Idemq. fructuario praestandum est, ut proprietarius cogatur ei conferre. Ergo et solum retinebit usufructuarius, si aedes ceciderunt, donec praestetur ei damnum: ut quod haberet vicinus missus in possessionem, id fructuarius habeat, qui id damnum vicino serviat, eadem erunt, et si minimum damnum datur* evidenter apparet textum hunc potius confirmare, quam impugnare nostram conclusionem, nam si proprietarius repromittat, aequitas et justitia postulat, ut et usufructuarius concorrat ad id, quod contulit proprietarius, et nisi conferat, non est audiendus, et vice versa, si usufructuarius aliquid dederit, ratione satisdationis praestitae justitia postulat, ut proprietarius, et ipse conferat, alias ex primo, et secundo decreto usufructuarius in possessionem mittetur ait ibi *Paul. de Castr.* Et idem erit dicendum ad dictum textum in *l. si ex duobus 17. §. si plures ff. de nox. lib. action.* qui pariter loquitur sub conditione in dicto versic. Sed per praetorem, in casu servi, qui noxam dedit, cujus nuda proprietas erat apud dominum, et ususfructus penes fructuarium, dominus id quod expenderit ad ratam portionem consequetur a fructuario mediante praetore in haec ver- 42
ba. *Sed per praetorem id consequar ego dominus proprietatis, ut aut cogat te*, scilicet fructuarium (*pro aestimatione ususfructus*) *conferre ad litis aestimationem; aut usumfructum cedere, si hoc expediat.* Ecce unum de duobus praestare tenetur fructuarius, et ita est in ejus facultate amittendi, vel non usumfructum, non autem judex illum privare potest usufructu, quando fructuarius voluerit concurrere ad litis aestimationem, nam ad unum de duobus tenentur proprietarius, et usufructuarius, aut servum dedere, aut noxam emendare, ut eleganter explicat. *Zoes ad lib. 9. ff. n. 4. de noxal. action. n. 1. et seq.*

Ad sextum ad doctrinam Castilli asserentis per cautionem de utendo fruendo etc. non esse satis provisum indemnitati proprietarii, qui potest pati damnum per occultationem veritatis ususfructus, praecipue in probanda deterioritate fundi, hoc enim asserere, est nota afficere legislatores. quod non caverint illud, quod cavendum erat, quod est absurdum, et a veritate alienum, dicat quaeso Castill. n. bene adverterit, quod Ulpianus dixit in *l. 1. §. recte, ff. quemadmod. usufructuor. cavet.* quando dixit. *Recte autem facient, et haeres, et legatarius, qualis res sit, cum frui incipit, legatarius, si in testatum redegerit ut inde possit apparere, et*

quatenus rem pejorem legatarius fecerit, si ergo proprietarius habet facultatem cogendi usufructuarium, ut exempli gratia, res, in qua legatus est ususfructus, per peritum describatur una cum ejus statu in quo reperitur a principio ususfructus, adnotando esse in statu perfecto, cum suis qualitatibus, nec non et cujus eo tempore sit valoris, prout ita importent verba illa; *si in testatam redegerit*; quid enim deperire poterit haeredi, seu proprietario, facta tali descriptione, seu rei aestimatione, certe nihil; nam, *sive* pluries committatur stipulatio de utendo fruendo etc. sive agatur de stipulatione restituendi rem usufructuariam finita usufructu ad formam ♃. *habet. d. l. 1. ff. quemadmod. usufruct. cave.* quando dixit: *habet autem duas causas stipulatio ista; unam si aliquis utatur, quam vir bonus arbitrabitur, alium de usufructu restituendo. Quam prior statim committetur, quam aliter fuerit usus, et saepius committitur; sequens committetur finito usufructu.* hoc unum est. facta visitatione, seu visitata re usufructuaria, dum per descriptionem constat de primaevo statu, quomodo certe cognoscetur an res sit deteriorata, vel ejusdem valoris, quando fuit a principio aestimata; illa enim descriptio inservit pro inventario, quo mediante etiam bona fideicommisso subjecta ultra mille annos conservantur, nec pereunt, quare idem non est dicendum de bonis usufructui subjectis; quae major ratio de uno ac de alio? ergo haec ratio frivola, et nullo jure fulcita est reputanda, et licet conetur Castill. respondere ad nostra jura supra adducta, et praecipue ad dictum ♃. *habeat*, dicendo. quidquid dicat Ulpianus *in dicto ♃. habet*, quod pluries committatur stipulatio, non propterea sequitur, quin possit expelli. Respondetur semper cum regula generali non constare talem expulsionem a jure esse inductam si enim lex hoc voluisset, potuisset exprimere, hoc autem non expressit, nec nos exprimere debemus; licet sint diversa remedia, tamen hoc remedium jure cautum non reperitur; nam hoc jus habet a testatore independenter ab alio, ideo non debet duplici onere gravari, et fidejussione, seu cautione de utendo, et fruendo, et poena privationis.

Ad ultimum tandem, adductum pariter ab eodem Castillo, fundatum in *l. usufructu legato*, 7. *cum l. hactenus sequent. ff. de usufructu*, ex quibus juribus probare intendit Castill. poenam privationis ususfructus; qui textus de hoc verbum quidem, verba, *l. usufructu legato*, haec sunt.

Usufructu legato omnis fructus rei ad fructuarium pertinet. Et aut rei soli, aut rei mobilis ususfructus legatur. Rei soli, ut puta aedium usufructu legato, quicumque rei redditus est ad usufructuarium pertinet, quaeque obventiones sunt ex aedificiis, ex areis, et caeteris, quaecumque aedium sunt. Unde etiam mitti eum in possessionem vicinarum aedium causa damni infecti placuit, et jure dominii possessorum eas aedes, si perseveretur non caveri. nec quicquam amittere finito usufructu. Hac ratione labeo scribit, nec aedificium licere domino te invito altius tollere, sicuti nec areae usufructu legato, potest in area aedificium poni, quam sententiam puto veram. Quoniam igitur omnis fructus rei ad eum pertinet, reficere quoque aedes per arbitrum cogi. Unusquisque ponderet attente hanc legem, quia inveniet de expulsione seu privatione nullam facere mentionem, immo magis augetur jus usufructuarii, quia si mittatur in possessionem aedium vicinarum quatenus qui tenetur cavere de damno infecto, et non cavent, fiat verus possessor et dominus per secundum decretum praetoris, et remanebit dominus etiam finito usufructu, referamus quoque verba, *l. hactenus* ut sunt,

Hactenus tamen, ut sartatecta habent, si quae tamen vetustate corruissent, neutiquam cogi reficere; sed si haeres refecerit, passurum usufructuarium uti. Unde Celsus de modo sartatecta habendi quaerit. Si quae vetustate corruerunt, reficere non cogitur; modica igitur refectio ad eum pertinet, quoniam et alia onera agnoscit, usufructu legato, ut puta stipendium, vel tributum, vel salarium. vel alimenta ab eo relicta, et ita Mar. lib. 13. scribit. Cassius quoque scribit lib. 8. civis civilis, fructuarium per arbitrum cogi reficere, quemadmodum subserere cogitur arbores. Et Aristo notat, haec vera esse. Neratius autem, lib. 3. membranorum ait, non posse fructuarium prohiberi, quo minus reficiat: qui nec arare prohiberi possit, aut colere, et non solum necessarias refectiones facturum. sed etiam voluptatis causa, ut tectoria et pavimenta, et similia facere, neque autem ampliare, nec inutiles detrahere posse. 43 Haec sunt verba textus ex quibus non probatur assumptum Castilli, nec verbum de privatione ususfructus, nisi forsan ex illis verbis, cogi posse reficere, vellet deducere argumentum privationis. Sed huic obstat ratio contraria, quae deducitur ex cautione praestanda pro damno infecto, ubi servandus est ordo a jure praescriptus, videlicet, ut praetor procedat ad primum decretum, nempe ad possessionem custodialem, uti notant doctores, et reo in contumacia perseverante ad secundum decretum, ut supra diximus, alias si judex aliter procederet, nihil ageret, et diceretur juris transgressor; et ita idem venit dicendum in casu nostro, judex antequam procedat privationem ususfructus tenetur prius remediis juris illum cogere, et recusando obedire, uti juris remediis.

Hinc, quando usufructuarius dilapidaret bona, quorum habet usumfructum data opera, et dolose videlicet, si damna illata, et interesse proprietario solvisset, hoc autem non obstante continuaret dilapidationem, quia haec dilapidatio videtur facta in contemptum proprietarii, dicimus, et nos in eo casu posse expelli, quia quando alia juris remedia non sufficiunt, ad majora est procedendum; prout diximus, extremis malis, extrema remedia applicari, argumento textus 44 *in c. felicis*, 5. ♃. *illud autem, de poen. in 6.* in illis verbis, *ut secundum quod excessus exegerit, vindicta procedat*, c. *cum quidam* 12. *de jurejurand.* et poena semper venit commensurando delicto. *l. Pedius*. 4. *ff. de incend. rapin. et naufragi.* in illis verbis: *diligenter poenae sunt aestimandae, ne quid aut durius, aut remissius constituatur quam causa postulat.* et *l. respiciendum* 11. *ff. de poenis*, haec sunt verba. *Respiciendum est judicandi, ne quid aut durius, aut remissius constituat, quam causa deponit nec enim, aut severitatis, aut clementiae gloria affectanda est sed perpenso judicio, prout quaeque res expostulat, statuendum est.* Haec dicta sufficiant pro servitute ususfructus; si quis postea velit cognitionem materiae, plenarie discussam fore pro omnibus quaestionibus, quae occurrere possunt, adeat Castillum, qui pinguem tractatum, ac pleno calamo scripsit; et ad eum me remitto restat modo tractandum de servitute usus, et habitatione, quae et ipsae enumerantur inter servitutes personales, et de his agemus in sequenti capite.

CAPUT TERTIUM

De servitute usus, et habitationis.

QUAESTIO I.

Quid sit servitus usus.

SUMMARIUM

1. Usus est jus utendi rebus alienis ex necessitate utentis ad usum quotidianum salva rerum substantia, et hoc jus in alium transferri non potest.
2. Usus constituitur sine fructu, ut non utatur ad utilitatem, sed ad necessitatem.
3. Ususfructus seu fructus sine usu esse non potest, usus vero sine fructu esse potest.
4. Usu relicto marito, vel uxori, alicujus domus, nedum maritus, sed etiam cum uxore uti potest et e contra, et uxor etc. etiam cum tota ejus familia, liberis etc. imo etiam posset hospitem recipere, et inquilinum habitantem tamen ibi cum usurio, etiam accepta mercede.
5. Vidua, si usus ei legatus sit, si cum aliquo matrimonium contraxit, etiam cum marito uti poterit tali usu. Immo et socer cum viro, cum liberis, et libertis, et cum parentibus.
6. Verba ex necessitate utentis, contenta in definitione usus, posita sunt ad differentiam ususfructus, qui non est ex necessitate utentis, sed ex voluptate. nec ita sunt tam stricte accipienda, ut includant tantum legatariam, sed totam ejus familiam, sed tantum restrictive quoad jus fruendi.
7. Usus iisdem modis constituitur quibus, et ususfructus, et iisdem modis finitur, uti ususfructus.
8. Usuarius uti potest oleribus, pomis, floribus, foeno, stramentis, et lignis ad usum quotidianum, neque domino fundi molestus esse debet, neque illis, qui opera rustica exercent.
9. Usuarius ovium, seu pecorum neque lacte, neque agnis, neque lana utetur; sed tantum ad stercorandum agrum suum.
10. Fructus enim non veniunt in usu, sed usufructu tantum.
11. Usuarius uti non potest fructibus industrialibus.
12. Usuarius utitur quidem fructibus naturalibus, quoad usum tantum quotidianum, caeterum, si alii supersint ad proprietarium spectant, et uti potest modico lacte.

23. Usuarii est attendenda qualitas ejusdem, ut magis extendatur usus ex voluntate testatoris, ut hic latius explicatur.
24. Domuncula causa recipiendorum fructuum est praedium rusticum
25. Usus quandoque transit in fructum veluti si usus relinqueretur insulis exemplo usus sylvae ut hic cui licet caedere sylvam et vendere.
26. Voluntates defunctorum non stricte sed late sunt interpretandae.
27. Usuarius an in villa uti possit usu, respondetur si ibi commode fieri potest, affirmative.

Aliqui definiunt usum, secundum definitionem ususfructus, dempto verbo illo, *fruendi*, dicendo. Usus est jus utendi rebus alienis, salva rerum substantia, inter quos est *Petrus Riccardus, ad rubric. institut. de usufruct. num.* 143. hancque amplecti videtur *Castill. de usufruct. cap.* 28. *sub n.* 8. mihi autem non videtur sufficienter explicare naturam usus, quae est ex necessitate utentis, et ideo.

1 Definitur usus, quod sit jus utendi rebus alienis ex necessitate utentis ad usum quotidianum salva rerum substantia, quod jus in alium transferri non potest, probatur autem haec definitio per textum *in l.* 1. *ff. de usu, et habitatione*, haec sunt verba. *Constituitur enim, et nudus usus, idest sine fructu, qui et ipse eisdem modis constitui solet, quibus et usufructus*, concordat *l.* 2. *ff. eod. tit.* Cujus haec sunt verba. *Cui usus relictus est, uti potest, frui vero non potest.*

2 Constituitur ergo usus sine fructu, nempe ut quis utatur re ad suas necessitates, non vero fruatur ad utilitatem, ut probat *d. l.* 1. *et l. per servum*, 14. *§. ususfructus ff. hoc tit.* dicendo. *Ususfructus, an fructus legetur, nihil interest: nam fruitur, et usus inest: usui fructus deest. Et fructus*
3 *sine usu esse non potest, usus sine fructu potest.* Hinc usus non omne emolumentum, quod quocumque modo ex quacumque re percipi potest, sed tantum, quantum opus est ad victum utentis, includit. Ideo cui usus relictus est, consequens est, eum uti posse ad vitae subsidia, frui vero non posse.

Contra hanc propositionem, seu definitionem, quoad illa verba, ex necessitate utentis, obstare videntur plures textus, et in primis, *l. cui usus*, 2. *ff. hoc tit.* ubi si usus relictus
4 est, vel marito, vel uxori, uterque usu rei gaudebit, haec sunt verba.

Domus usus est relictus, aut marito, aut mulieri, si marito, potest illic habitare non solum ipse, verum cum familia quoque sua. An et cum liberis, fuit quaestionis. Et Celsus scripsit etiam cum liberis posse hospitem quoque recipere: nam ita libro digestorum scripsit: quam sententiam et Tubero probat. Sed an et inquilinum recipere possit, quod Labeonem nemini tractatum esse libris posteriorum, et ait Labeo, eum, qui ipse habitat, inquilinum posse recipere: item et hospites, et libertos suos.

Deinde sequitur textus *in l.* 3. dicendo, *sed et clientes*, sequitur *l.* 4. *dicens*, in illis verbis. *Proculus autem de inquilino notat, non belle inquilinum dici, qui cum eo habitat, et secundum haec, et si pensionem habitationis percipiat, dum ipse quoque inhabitat, non erit ei invidendum. Quid enim si tam spatiosae domus usus sit relictus homini mediocri, ut portiuncula contentus sit? Sed, et cum his, quos loco servorum in operis habet, habitabit, licet liberi sint, vel servi alieni*, sequitur idem textus *Mulieri autem, si usus relictus sit, posse eam, et cum marito habitare*, sequitur dicendo. *Nam per contrarium, quin uxor cum marito possit habitare, nec dubitatum fuit*, et quod fortius stringit sunt verba sequentia.

5 *Quid ergo si viduae legatus sit? an nuptiis contractis post constitutum usum Mulier habitare cum marito possit? Et verum est (ut Pomponius, lib.* 5. *et Papinianus, lib.* 19.) *Quaestionem probat posse eam cum viro, et postea nubentem habitare. Hanc amplius Pomponius ait; et cum socero habitaturam.*

Similiter, et textus *in l. imo, §. hoc sit. Imo et sorer cum nuru habitabit: hoc utique, cum viro una sit.* Item et textus *in l. non solum* 6. *eod. tit.* dicendo. *Non solum autem cum marito, sed et cum liberis, libertisque habitare, et cum parentibus poterit; ita et Aristo. notat apud Sabinum, et hucusque erit procedendum, ut eosdem, quos masculi, recipere, et mulieres possint.*

Ex his legibus apparet usum non esse ex necessitate utentis, quia legatarius non solum pro se, sed etiam pro aliis uti potest domo habitationis, ut est casus in marito cui relictus est usus aedium, qui etiam multi inhabitare possunt, et nedum cum muliere, sed cum tota familia. Imo videmus etiam posse habitare cum inquilino, qui solvit mercedem pro domo, quando usuarius tamquam homo mediocris fortunae contentus est media portiuncula, certe hoc potius cadere videtur in legato ususfructus, qui est ex voluptate, *non ex* necessitate, locando enim domum non dicitur uti ex necessitate utentis, *sed ex voluptate.*

Et quod magis stringit, quando est relictus usus mulieri viduae, si postea contrahat matrimonium, nihilominus cum viro habitare poterit domum, cujus habet usum; ergo non ex necessitate utentis, ergo dicta verba sunt superflua in definitione, sive etiam quis, cui relictus est usus, uti quidem potest, sed non frui, si ergo licet usuario locare partem dictae domus, quia spatiosa est domus, non dicetur uti, sed frui ergo mala definitio.

Ad quod objectum respondetur, verba illa, *ex necessitate* 6
utentis, esse adjuncta definitioni usus ad differentiam ususfructus, qui nedum consistit in usu, sed etiam in fruitione, ad ejus voluptatem itaut illum possit locare, vendere, aut donare, quod secus est in usuario. qui uti re solum potest ad usum quotidianum, non autem frui, neque locari, aut donari, aut vendi; et ideo illud verbum, *necessitas*, non est restringendo ad usuarium solum, sed extendenda ad totam ejus familiam juxta dispositionem earumdem legum mox supra citatarum, et juxta dispositionem textus *in §.* 1. *inst. tit. de usu. et habitat.* cujus haec sunt verba.

Iisdem istis modis quibus unsfructus constituitur, etiam 7
nudus usus constitui solet, iisdemque illis modis finitur, quibus, et ususfructus desinit. Minus autem scilicet juris est in usu, quam in usufructu, namque is. qui fundi nudum habet usum, nihil ulterius habere intelligitur, quam ut oleribus, pomis, floribus, foeno, stramentis. et lignis ad usum quotidianum utatur. In eo quoque fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit, neque iis, per quos opera rustica fiunt, impedimento, nec ulli alii jus, quod habet, aut locare, aut vendere, aut gratis concedere potest: cum is, qui usumfructum habet, possit haec omnia facere. Item is, qui aedium usum habet, hactenus jus habere intelligitur. ut ipse tantum inhabitet: nec hoc jus ad alium transferre potest, et vix receptum esse videtur, ut hospitem ei recipere liceat: sed cum uxore sua, liberisque suis, item libertis, nec non aliis liberis personis, quibus non minus quam servis utitur, habitandi jus habeat. Et convenienter; si ad mulierem usus aedium pertineat, cum marito ei habitare licet. Sed si pecorum veluti 9
ovium, usus legatus sit, neque lacte. neque agnis, neque lana utetur usuarius: quia ea in fructu sunt. Plane ad stercorandum agrum suum pecoribus uti potest, ex quo textu evidenter constat illud verbum, *necessitate*, non esse accipiendum ita restrictive quod usuarium tantum, sed restrictive quod jus fruendi, cum in usu non veniunt fructus, sed tantum ea, quae ad usum quotidianum sunt necessaria, 10
etiam pro tota ejus familia, non pro ipso tantum usuario, ita loquitur hic textus.

Dixi secundum textum, in usu non venire ea, quae sunt in fructu, non propterea usuarius privandus venit fructibus naturalibus, ut ait idem textus, uti sunt, *poma, olera, foenum, strumentu, et ligna ad usum quotidianum*, nam haec omnia etiam sunt ex necessitate utentis; seu totius ipsius fa- 11
miliae, caeterum fructus industriales spectant ad proprietarium fundi, si agatur de nudo usu fundi relicto, quia non agitur de usu, sed de fructibus colligendis, vel locandis, vel vendendis, aut donandis; et ita usus exigit tantum ea, quae ad usum quotidianum sunt necessaria, et in his verbis verificantur illa verba, *ex necessitate utentis.*

Advertendum tamen est, circa fructus naturales, qui com- 12
petunt usuario, non omnes posse consequi, sed eos tantum, qui ad victum quotidianum sufficiunt juxta textum concordantem *in l. plenum* 12. *ff. de usu habitat.* quando dixit, in illis verbis. *et lignis ad usum quotidianum, et horto, et pomis, et oleribus, et floribus, et aqua usurum* (notentur modo verba sequentia) *non usque ad compendium, sed ad usum, scilicet, non usque ad obolum*, explicat, ibi *glo.* idest ad lucrum juxta textum *in l. si uni.* 21. *§. idem Papinianus*, in illis verbis *in compendio, et haeredis qui debito levatur, esse non oportere, hoc est in lucrum*, hoc est si etiam de fructibus naturalibus, aliqui supersint. et illos vendere voluerit, non poterit usuarius, quia qui supersunt sunt ultra usum quotidianum, et illi dicuntur potius in fructu, nempe in usufructu, ita declarat *dicta l. plenum.* 12. in illis verbis. *Etiam ex his, quae in fundo nascuntur, quod rejectum sibi cuisque sufficit, sumpturum.*

Licet quandoque habendus est respectus ad qualitatem 13

personae scilicet usuarii, ut extendatur usus ex voluntate testatoris, ad aliquid aliud, ut ait idem textus in *leg. plenum* mox *citato.* in illis verbis. *jubentibus etiam cum convivis et hospitibus posse uti; quae sententia mihi vera esse videtur,* (notentur sequentia verba) *aliquando enim largius cum usuario agendum est pro dignitate ejus, cui relictus est u-*
14 *sus sed utetur is (ut puto) duntaxat in Villa,* explicat gloss. in verbis, *in Villa,* idest in domuncula, quae gratia fructuum reponendorum parata est, et appellatur rusticum praedium. *leg. fundi* 211. *ff. de verbor. signific.* ibi *Urbana aedificia, aedes, rustica Villa dicuntur;* verum gloss. hoc concedit, quando in tali praedio rustico commode morari potest ratione vicinitatis oppidi, putei, et Ecclesiae, alioquin in oppido, poterit cum convivis, et hospitibus uti usu ne usus inutilis reddatur, ad formam textus in *l. Divus.* vigesimo tertio,
15 *ff. de usu. et habitat.* in haec verba.

Divus Adrianus, cum quibusdam usus sylvae legatus esset, statuit, fructum quoque eis legatum videri: quia nisi liceret legatariis caedere sylvam, et vendere, quemadmodum fructuariis licet, nihil habituri essent, de eo legato, et ita ea legatum inutile redderetur, extenditur usus legatus ad usumfructum tamquam esset relictus a testatore. et ex ipsius voluntate, quia non stricte, sed large voluntates defunctorum sunt interpretandae in puncto probat *d. l. plenum* 12. *ff. hoc tit.* ubi postquam sequentia verba protulit.

16 *Sed et si pecoris ei relictus usus est (puta gregis ovilis) ad stercorandum usurum duntaxat Labeo ait: sed neque lana, neque lacte, neque agris usurum: haec enim magis in fructu esse,* notentur sequentia verba.) *hoc amplius etiam modico lacte usurum puto: neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum,* et ampliando sequitur dicendo. *Sed et si boum armenti usus relinquatur, omnem usum habebit, et ad arandum, et caetera, ad quae boves apti sunt.*

Diximus quoque cum convivis et hospitibus posse usuarium uti in praedio rustico, si commode ibi uti possit, sequitur videndum, an quando relictus est fundi usus, an poma, et olera, ligna, et stramenta possint in villa seu praedio rustico reponi; et respondit Ulpianus in *dicta, leg. plenum:*
17 negative, sed deferenda esse in oppido, in illis verbis. *Pomis autem, et oleribus, et floribus, et lignis videndum, utrum eodem loco utatur duntaxat, an etiam in oppidum ei deferri possint. Sed melius est accipere, et in oppidum deferenda; neque enim grave onus est horum, si abundent in fundo.*

QUAESTIO II.

An si testator leget usumfructum sine usu, validum sit legatum, ad explicationem. leg. per servum 14. ?. usufructus cum leg. seq. ff. de usu, et habitatione.

SUMMARIUM.

1. Testator legans usumfructum sine usu, an validum sit legatum ad interpretationem. leg. per servum. 14. §. usufructus cum leg. sequenti. ff. de usu et habitatione.
2. Ususfructus an possit esse sine fructu, sicuti usus.
3. Usus poterit esse apud alium, et fructus sine usu, apud alterum, et apud alterum proprietas.
4. Usus tripliciter accipitur; primo pro usu quatenus est servitus personalis; secundo pro commoditate utendi; tertio accipitur pro usufructu.
5. Ulpianus, et Cajus concordantur in quando unus dicit usumfructum non posse esse sine usu loquitur quatenus est commoditas, ut totum hic.
6. Servitus servitutis esse non potest.
7. Usufructu legato, si postea testator ex intervallo adimat usum, talis ademptio nullius est momenti, quia sustinetur legatum.

TEXTUS.

1 *Ususfructus, an fructus legetur, nihil interest: nam fru-*
2 *ctui et usus inest; usui fructus deest. Et fructus quidem sine usu esse non potest: usus sine fructu potest. Denique, si tibi fructus, deducto usu legatus est, inutile esse legatum, Pomponius libro quinto, ad Sabinum scribit. Et si forte usufructu legato fructus adimatur, totum videtur ademptum, scribit.*

Ecce Ulpianus *in hoc ?. docet* usumfructum sine usu esse non posse, sed bene quidem usum sine fructu esse potest. Imo in versic. *denique,* ait si tibi legetur ususfructus deducto fructu, ait, inutile esse legatum; et si, legato usufructu fructus adimatur, totum videtur ademptum.

Videamus ergo, quod dicit Paulus juris-consul. *in leg. se-* quenti. scilicet. *leg. sed si de fructu ?. poterit eodem tit.* in haec verba. *Poterit autem apud alium esse usus, apud*
alium fructus sine usu, apud alium proprietas: veluti si is, qui habet fundum, legaverit Titio usum, mox haeres ejus tibi fructum legaverit, vel alio modo constituerit. Ulpianus 3
dicit usumfructum non posse esse sine usu. Paulus vero usumfructum esse posse sine usu. Quid magis idem Ulpianus in *l. hujus 5. ?. sed si usus ff. usufruct. quemadmodum caveat.* ubi habet haec verba.

Sed si usus sine fructu legatus erit, adempta fructus causa, satisdare jubet praetor. hoc merito, ut de solo usu, non autem de fructu caveatur. (notentur sequentia verba.) *Ergo et si fructus sine usu obtigerit, stipulatio locum habebit;* ergo Ulpianus sibi videtur contrarius.

Pro habenda igitur resolutione, et concordia harum legum et juris-consul. sciendum est, usum tripliciter accipi
posse. Primo pro usu, quatenus est servitus personalis, de 4
qua loquitur *Cajus in l. 1. et 2. ff. de usu, et habitat. et instit. eod. tit.* idem probat *Cujac. in paralit. ff. de usu, et habit.* Secundo modo accipitur, pro commoditate utendi, ut extra dentes docet *Gloss. in leg. si alii* 49. *ff. de usufr. etc.* cujus haec sunt verba per quae demonstratur nostrum dictum verum esse. *si alii usus, alii fructus ejusdem rei legetur, id percipiet fructuarius, quod usuario supererit: nec minus et ipse fruendi causa, et usum habebit* explicat modo *Gloss.* in verbis. *Et usum,* dicendo. idest, *commoditatem usus, ut fruatur idest. vendat, vel faciat, quod velit nam qui reliquit fructum, ei et usum. idest, commoditatem usus legat,* ad quod probandum, adducit *dictum ?. usufruct. supra in principio extensus.* hoc idem probant *Zasius in leg. stipulationes non dividuntur n. decimo tertio, ff. de verbor. obligat.* ibidem *Jason n. tertio.* Tertio loco accipitur quandoque pro usufructu. Textus ad litteram in *Authent. de non eligend. secund. nubent. ?. prospeximus.* in illis verbis. *matre semel. ad secundas nuptias veniente, usum mox tantummodo ejus, filiarum proprietate manente: Gloss. in dicto verbo. Usum explicat,* idest usumfructum, et in principio ejusdem *Authent.* in illis verbis, *usus quidem apud eam remaneret.* et in ?. *aliud vero.* in illis verbis; *siquidem omnes immobiles sint, maneat harum usus apud matrem,* et Paulo inferius; *habeat sicut lex jubet, usum, quidem existentibus dominis.* et eleganter ibi, *Gloss. in dict. verba, usus,* idest, *usumfructum.* et clarius pariter in *Authent. de haered. ab intest. venient. in ?. si vero:* in illis verbis. *Nullam usum ex filiorum, aut filiarum portione, in hoc casu volente patre sibi penitus vindicare.* idem tenet ibidem *Gloss. in dict. verbo; usum.* omissis aliis denominationibus, quae cum ad rem nostram non faciant, eas praetermitto, quibus ita praeeuntibus.

Solutae remanent contrarietates: quando ergo Ulpianus in 5
locis supra citatis dixit, usumfructum esse non posse sine usu, locutus est non de usu, quatenus est servitus, sed de usu quatenus est commoditas utendi; et quando *Paulus in dicto ?. poterit,* dixit, quod apud alium poterit esse usus, et apud alium fructus sine usu; in utroque membro orationis locutus est de servitute usus, non autem de usu quatenus est commoditas, quia ex textibus jam citatis apparet usum comprehendere usumfructum, et in eo verificari, quatenus loquamur de commoditate, prout et ita nuncupavit Justinianus in *dicta Authent. de non eligend. secund. nub.* cum aliis concordantibus. Et hoc ratione comprobatur, si enim usus in usufructu acciperetur pro servitute, sequeretur magnum absurdum, quod servitus servitutis esse potest, sed hoc est fal-
sum; textus ad litteram in *lege primo, ff. de usu, et usufr.* 6
legat. in haec verba: *Nec usus, nec ususfructus itineris, actus, viae, aquaeductus legari potest, quia servitus servitutis esse non potest. Nec erit utile ex senatus-consulto; quo cavetur, ut omnium, quae in bonis sunt, ususfructus legari possit, quia id neque ex bonis, neque extra bona sit, sed sicuti actio erit cum haerede, ut legataria, quamdiu vixerit, eundi, agendi, ducendi, facultatem praestet: aut ea servitus constituatur sub hac cautione, ut si decesserit legatarius, vel capite minutus ex magna causa fuerit restituatur.* Hinc recte dixit, et Paulus, et Ulpianus usumfructum, esse posse sine usu, hoc est sine servitute usus, non autem sine usu, quatenus importet commoditatem. est enim impossibile, ut ususfructus possit esse sine usu, scilicet commoditate, et ita omnia plana facta sunt.

Ea *dicta lege huic stipulationi, et alii textus,* quando dixerunt, legatum ususfructus esse inutile, si adimatur usus,

loquuntur de usu importante commoditatem, non autem servitutem; nam alia est servitus usufructus, alia usus, sunt enim species diversae inter se: hanc nostram doctrinam sequitur Gomez. in tit. de individ. capite decimo, tomo secundo sub n. decimonono vers. Sed vera, et mentalis solutio. ubi citat. Rom. Alex. Angel. et alios in d.

7 Quin imo ad demonstrandum usumfructum non posse esse sine usu, hoc est sine commoditate, quod inserviet pro ampliatione, veluti si legatus fuerit ususfructus, et postea ex intervallo ademit testator usum, talis ademptio nullius est momenti, quia nihilominus sustinetur legatum: Textus est ad litteram in leg. sed 15. in illis verbis, sed si usufr. ff. de usu, et habitat. videlicet sed si ususfructu legato usu adimatur, Aristo scribit, nullam esse ademptionem, quae sententia verior est.

QUAESTIO III.

Relicto usu alicujus fundi, qui producit tantummodo foenum, quomodo usuarium eo uti poterit.

SUMMARIUM

1. Usu relicto alicujus fundi producentis tantummodo foenum, quomodo usuarius eo uti debeat.
2. Usuarius uti potest solummodo fructibus naturalibus, secus vero industrialibus.
3. Usuarius foliis uti nequit, veluti Morarum.
4. Proprietarius ut possit fundum prativum, cujus usus relictus est alicui, ad culturam reducere, saltem aliquam partem.
5. Proprietarius ire potest ad fundum, cujus usus relictus est alicui, et per eum incedere ad recolligendos fructus, imo et ibi habitare.
6. Usuarius uti potest Foeno quod pro anno sufficit, et non ultra.
7. Foenum, quod annum excedit ad usum usuarii, est proprietarii non usuarii.
8. Proprietarius reducere potest ad culturam fundi prativi partem tantum, relicto prato, quod possit foenum producere sufficiens pro anno.
9. Usuarius plus utens quam oporteat judicis officio cogendus erit persistere tantum in usu.

1 Pro resolutione quaestionis est notandum, usuarium, ut diximus in superioribus quaestionibus, quando nidem est relictus usus, alicujus fundi, eum uti non posse nisi fructibus naturalibus ejusdem fundi non autem fructibus industrialibus, qui ex fundi cultura proveniunt, hoc totum probat textus in *l. plenum* 12. *ff. de usu, et habitat.* in illis verbis. *Sa-*
2 *binus et Cassius scribunt. et lignis ad usum quotidianum, et horto, et pomis, et oleribus, et floribus, et aqua usurum.* et paulo inferius, habentur haec verba, *Sed neque fo-*
3 *liis, neque olea, neque frumento, neque frugibus usurum.*
4 Domus casum fundum, cujus legatus est usus. quando fuit legatus fuisse totum prativum, itaut foenum illud excederet usum quotidianum, an proprietarius, qui causa colligendorum fructuum potest eumdem fundum ingredi, ut probat idem text. in *d. l. plenum* in illis verbis. *Venire plane posse proprietarium ad fructus percipiendos magis dicendum est, et*
5 *per ipsa tempora fructuum colligendorum etiam illic habitore posse.* Nec usuarius eumdem proprietarium poterit impedire, probat *l. denique* 11. *eod. tit.* dicens; *ut neque domina fundi molestus sit, neque his, per quos opera rustica fiunt, impedimento sit.* Possit colere, seu melius dictum pratum, vel aliquam partem redigere ad culturam in praejudicium usuarii,

6 Habemus textum in *l. fundi usu legato.* 6. *ff. eodem tit.* cujus haec sunt verba, *fundi usu legato, licebat usuario, et ex foeno, quod in annum dumtaxat sufficiat capere, licet mediocris praedii eo modo fructus consumantur, quia et domo, et servo ita uteretur, ut nihil alii fructuum nomine superesset. Sicut is, cui usus legatus est, quo minus dominus agri colendi causa ibi versetur, prohibere non potest: (alioquin, et frui dominum prohiberet) ita nec haeredes, quicquam facere debent, quo minus is, cui usus legatus est, utatur ut bonus paterfamilias uti debet.*

7 Ideo nostra conclusio est quatenus foenum excederet annum, hoc non spectare ad ipsum usuarium, sed ad proprietarium, ex supradicto textu, in illis verbis, ut ex *foeno, quod in annum dumtaxat sufficiat capere*; itaut si foenum usum usuarii excedat, non possit illud vendere, sed teneatur reservare proprietario, ut probat *leg. sed si* 15. §. *usu legato.* in illis verbis *si tibi usus, mihi fructus legetur, concurrere nos in usum, me solum fructi habiturum. ff de usu, et habitat.* et per textum in *leg. sed neque.* 8. *ff. eodem tit.* ibi. *sed neque locabunt seorsum, neque concedent habitationem*
8 *sine se, nec vendent usum.* et clarius. in illis verbis. *ad usum quotidianum.* Ideo si fundus majorem quantitatem foeni producat, quam in anno est consumendum, non est ablata facultas proprietario, quin partem illius prati possit ad culturam redigere pro colligendis fructibus industrialibus, dummodo tantam partem fundi prativam relinquat usuario, quanta sufficiat ad foeni productionem pro singulis annis, quia natura usus est talis, ut solummodo importet illam fructuum quantitatem, quae sit sufficiens ad usum quotidianum, probat *dicta lege plenum*; quod superest non amplius inservit usui, sed fruitioni, imo quando usuarius plus utatur quam oportet, officio judicis cogendus erit, persistere tan- 9
tum in usu quotidiano, probat textus in *leg. Divus.* 22. §. *usu ff. de usu, et habitat.* in haec verba. *usu legato, si plus sit usus legatarius, quam oportet, officio judicis, qui quemadmodum utatur judicat, id continetur, ne aliter quam debet utatur.*

QUAESTIO IV.

An legato usu alicujus fundi, uti fundus esset instructus quid comprehendatur in tali legato.

SUMMARIUM.

1. Usu legato alicujus fundi instructi quid veniat in tali legato, et latius hic per speciem casus explicatur.
2. Verba illa, fundus, ut instructus est quid important.
3. Legatum fundi instructi plenius est, quam si legatus esset fundus cum instrumento; et quae veniant in legato fundi instructi.

Casus esse potest, quis habebat aliquem fundum, in quo 1
erat domus hortus, cella vinaria, et instrumenta ejusdem fundi, in qua domo aderant quoque utensilia pro usu ejusdem testatoris, et ea omnia, quibus idem testator quando in humanis erat utebatur, hujus usum testator legavit Titio, uti esset fundus instructus; et totus ille fundus appellabatur Sempronianus, cujus usum dicto Titio legavit, quaerebatur, quae res essent subjectae usuario pro ejus usu.

Ad majorem cognitionem veritatis videndum est, quid im- 2
portent illa verba, fundus, ut instructus est, ex *l. quaesi-*
tum. 12. §. *sed si fundus. ff. de fund. instruct.* ubi habeu- 3
tur haec verba. *Sed si fundus non sit cum instrumento legatus, sed ita, ut instructus est; quaesitum est, an plus contineatur, quam si cum instrumento legatus esset? Et Sabinus libris ad Vitellium scribit, fatendum esse, plus esse cum instructus fundus legatur, quam si cum instrumento. Quam sententiam quotidie increscere, et invalescere videmus. Quanto igitur hoc legatum uberius sit, videndum est; et Sabinus definit, et Cassius apud Vitellium: omnia, quae eo sunt collata, ut instructor esset paterfamilias: instructo inquit, continebuntur: idest, quae ibi habuit, ut instructior esset.* et paulo inferius sequitur dicendo. *Proinde si fundus sit instructus legatus: et supellex continebitur, quae illic fuit usus ipsius gratia, et vestis non solum stragula, sed et qua ibi uti solebat.*

Differt autem legatum fundi instructi relictum alicui, a legato usus fundi cum instrumento. Nam in primo legato fundo instructo dominium rei legatae transit in legatarium. In secundo vero usus tantum transit, et ita hanc quaestionem resolvere videtur textus extra dentes in *l. si ita* 17. *ff. de usu, et habitat.* in haec verba. *Si ita legatus esset usus fundi, ut instructus esset: earum rerum, quae in instrumento fundi essent, perinde usus ad legatarium pertineret, ac si nominatim ei earum rerum usus legatus fuisset.* et ita legatarius habebit usum earum rerum, quae in fundo legata sunt, ut probat *d.* §. *si fundus.* Verumtamen usuarius non erit immunis a praestanda cautione ad formam textus in *l. huic* 5. §. *sed. et si usus. ff. quemadm. usufructuari. caveat* in haec verba. *Sed et si usus sine fructu legatus erit, adempto fructus causa, satisdare habet praetor, hoc merito, ut de solo usu, non etiam de fructu caveatur.*

QUAESTIO V.

An usus possit transire in usumfructum ex testatoris voluntate praesumpta.

SUMMARIUM.

1. Usus an possit transire in usumfructum.
2. Usus sylvae legatus alicui non transeat in usumfructum, et usuarius possit ligna ejus vendere. vide n. seq. 3.

3. Usuarius, cui relictus est usus alicujus sylvae, illam caedere potest et vendere ligna caesa, ne legatum reddatur nullum seu potius elusorium, et hoc ex voluntate testatoris.
4. Usus quoque pecuniae transit in fructum.
5. Usus quandoque dicitur abusus.
6. Stipulatio, quae interponitur pro usufructu earum rerum quae usu consumuntur, interponi quoque debet et in usu pecuniae.
7. Proprietas ususfructus earum rerum, quae usu consumuntur, transit in usufructuarium, et idem venit dicendum de usu earum rerum, quae usu pariter consumuntur, veluti tritici, olei, etc. itaut haeres usuarii teneatur restituere pecuniam pro tritico etc.
8. Cautio ususfructus, vel usus potest peti per certi condictionem etiam post quam usufructuarius ingressus fuerit usumfructum.
9. Usuarius cui legatus fuit usus alicujus vineae quomodo ea uti poterit late explicatur.

1 Casus esse potest, testator habebat sylvam caeduam, usum ejusdem sylvae legavit Antonio, quaerebatur ad quid se extenderet tale legatum, si ad usum, nullus potest esse usus, enim regulariter triennio in ligno dulci, et quinquennio in ligno forti sylva caedatur, an usuarius possit illam caedere, et vendere, ratio dubitandi est? quia usuarius neque locare neque vendere potest, neque donare. *l. sed neque.* 8. *ff. de usu et habitat.* §. 1. *instit. tit. de usu, et habitatione nec alii ubi jus; quod habet aut locare, aut vendere, aut gratis concedere potest*, et ideo videbatur dicendum, inutile esse iste legatum, quibus non obstantibus.

3 Conclusio nostra est; usuarium, cui relictus est usus sylvae, illam caedere posse, et vendere ligna caesa licet testator usum tantum legaverit, quia quandoque usus continet usumfructum ex voluntate praesumpta testatoris, ne legatum dicatur seu melius reddatur inutile; hanc quaestionem determinat Pomponius J. C. in *l. Divus Adrianus.* 23. *ff. de usu et habitat.* in haec verba. *Divus Adrianus, cum quibusdam usus sylvae legatus esset; statuit, fructum quoque eis legatum videri: quia nisi liceret legatariis caedere sylvam, et vendere, quemadmodum fructuariis licet, nihil habituri essent ex legato.* Idem probat Ulpianus *in leg. Quoniam.* 10. *ff. de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur.* in illis verbis. *Si usus tantum pecuniae legatus sit, (quia in hac specie usus appellatione, etiam fructum contineri*
4 *magis accipiendum est) stipulatio ista erit interponenda. Et quidam ajunt, non ante hanc interponi stipulationem, quam data fuerit pecunia: ego autem puto, sive antea, sive postea ea pecunia data sit, tenere stipulationem.*

Ne ergo legatum usus dicatur inutile, usus continet fructum, praecipue in illis rebus, in quibus non cadit ususfructus, et neque usus, sed potius dicitur abusus; ut in *dicta*
5 *leg. dicens et dicta leg. Quoniam.* in illis verbis; *quia in hac specie usus appellatione etiam fructum contineri* idcirco cautio, seu stipulatio quae interponitur in usufructu
6 earum rerum, quae usu consumuntur, interponetur quoque et in usu, probat textus in *dicta leg. Hoc senatus-consultum.* §. *quae in usufr. ff. de usufr. earum rerum etc.* in haec verba: *Quae in usufructu pecuniae diximus, vel caeterarum rerum, quae sunt in abusu, eadem et in usu dicenda sunt. Nam idem continere usum pecuniae, et usumfructum.*

7 Cum ergo in usufruct. earum rerum, quae usu consumuntur, illarum proprietas transeat in usufructuarium *leg. si tibi* 7. *ff. de usufr. earum rerum etc.* in haec verba. *Si tibi vini, olei, frumenti ususfructus legatus fuerit, proprietas ad legatarium debet transferri; et ab eo cautio desideranda est, ut quandocumque is mortuus, aut capite minutus sit, ejusdem qualitatis res restituatur: aut aestimatis rebus certae pecuniae nomine cavendum est. Idem scilicet de caeteris quoque rebus, quae usu consumuntur, intelligimus.* Idem inquam, quod dicimus de usufructu, idem quoque venit dicendum de usu tritici quoad cautionem, tam quoad aestimationem, tum quoad dominium earumdem rerum, itaut si testator legaverit usum, vel tritici, vel olei, aut vini tunc praestanda erit cautio de restituenda re ejusdem generis, qualitatis, et bonitatis, tum in casu finiti usus per mortem, tum in casu amissionis per capitis diminutionem, et eisdem, quib. ususfructus finitur, vel constituitur. §. 1. *instit. tit. de usu et habitat.* ibi *iisdem illis modis, quibus ususfructus constituitur, etiam nudus usus constitui solet, iisdemque illis modis finitur, quibus et ususfructus desinit*, et ita potest etiam fieri aestimatio earum rerum, in quibus est constitutus usus, videlicet ut usuarius, seu ejus haeres teneatur praestare tantam pecuniam, quanta res utende fuit aestimata, loco et vicem restituendae rei utendae.

Vel potest dari casus; in quo relictus esset usus vel pecuniae, vel aliarum rerum, et non intervenerit cautio, durante usufructu, vel usu; haeres et poterit petere cautionem per certi condictionem, et finito usufructu, vel usu, ipsam quantitatem conducere poterit haeres, ita probat. *leg. hoc senatus-consultum* 5. §. *si pecuniae. ff. de usufr. earum rerum etc.* ibi. *Si pecuniae sit ususfructus legatus, vel aliarum rerum, quae in abusu consistunt, nec cautio interveniat, videndum est finito usufructu, an pecunia, quae data sit, vel caeterae res, quae in consumptione sunt, condici possint.*
Et si quidem adhuc constante usufructu cautionem quis velit 8
condicere, dici potest cautionem omissam condici posse incerti condictione: sed finito usufructu ipsam quantitatem.

Amplianda venit haec nostra conclusio, ut habeat etiam locum in usu vineae legato, si in ipso fundo non adessent fructus naturales, quia censeretur etiam legatus fructus sine quo; verum quoad usum tantum, quotidianum, ut probat Ulpianus *d. l. plenum.* 12. *ff. de usu et habi.* in illis verbis; *ut lignis ad usum quotidianum, et horto, et pomis, et oleribus, et floribus, et aqua usurum, non usque ad compendium; (explicat gloss.) idest ad lucrum; sed ad usum scilicet; non usque ad abusum.* verum si majores fructus perciperet, ita ut videretur excedere usum quotidianum juxta dispositionem textus in *leg. Divus Adrianus.* 23. §. *usu ff. de usu et habitatione*, tunc attendenda est personae qualitas, seu dignitas, textus in *l. plenum.* 12 *ff. hoc tit.* ibi *aliquanto enim largius cum usuario agendum est pro dignitate ejus, cui relictus est usus*, junctis illis verbis. *Neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum.*

Cum hac tamen declaratione quatenus usuarius impenderet in vinea ornanda suis liguaminibus, ut moris est ipse tenetur ad tales impensas, in quantum non superessent fructus ultra usum ejusdem; alias si proprietarius haberet et ipse fructus, teneretur concurrere ad tales impensas, argumento a paritate rationis deducto ex *l. si domus.* 19. *ff. de usu et habitat.* in haec verba. *Si domus usus legatus sit sine fructu, communis refectio est in sartistectis, tam haeredis, quam usuarii, videamus tamen ne si fructum haeres accipiat, ipse reficere debeat, si vero talis res sit, cujus usus legatus est, ut haeres fructum percipere non possit; legatarius reficere cogendus sit, quae distinctio rationem habet.* stat igitur firma conclusio, quod quotiescumque proprietarius non recipit fructus, refectio tota spectet ad usuarium; secus si fructus percipiat.

QUAESTIO VI.

Legato usu domus, ad quem spectet refectio illius.

SUMMARIUM.

1 Usu alicujus domus legato ad quem spectet refectio.
2 Usufructuarius tenetur sartatecta reficere.
3. Usuarius quoque sartatecta tenere debet, quando haeres nullum recipit.
4. Regula qui sentit commodum, et incommodum pati debet.
5 Regula unitorum eadem est dispositio.
6. Onus, et emolumentum quomodo dicantur unita, et connexa.
7. Usufructuarius non tenetur ad magnas impensas, sed ad modicas, praecipue si perpetuam respiciunt utilitatem rei, nisi fierent ad fructus colligendos, quia tunc ipse esset obligatus.
8. Usufructuar. magnas impensas faciens illas repetit a proprietario, vel ejus haerede; et quatenus recuset restituere, remanebit in possessione, donec fuerit satisfactus; idem venit dicendum de usuario.

Sicuti usufructuarius tenetur sartatecta reficere, ut probat textus *in l. hactenus.* 8. *ff. de usufr.* dicendo. *Hactenus* 1
tamen ut sartatecta teneat, si quae tamen vetustate corruissent, neutiquam cogi reficere. paulo inferius dicit, 2
modicas igitur refectio ad eum pertinet. ita et usuarius tenetur sartatecta tenere, quando haeres nullum fructum capit, juxta dispositionem *l. si domus* 19. *ff. de usu et habitat.* in illis verbis. *Videamus tamen, ne si fructum haeres accipiat, ipse reficere debeat: si vero talis res sit, cujus usus legatus est, ut haeres fructum percipere non possit, legatarius reficere cogendus sit, quae distinctio rationem* 3
habet. videlicet qui sentit commodum, et incommodum pati debet. *l. secundum naturam.* 10. *ff. de regul. juris. cap. qui sentit onus. de regul. jur.* in 6. et hoc maxime procedit quando onus, et emolumentum sunt inter se connexa, quia unitorum eadem est dispositio per textum in *l. quid ergo.* 3. §. 4
judicio tutelae contraria ff. de contrar. et util. action. 5
in illis verbis, *si negotiis tutelae tempore gestis connexum*

probatur. Cagnol. de regul jur. in d. l. secundum natu-
6 *ram sub n. 1. et quae dicantur convexa. ibidem cagnol. sub*
n. 2. ibidem Giphanius ibidem n. 7. et 8. absurdum enim est
(ait *dec. in d. l. secundum naturam sub n. 1.*) alium habere
commoda, et alium onera sustinere; hinc eum tenere sarta-
tecta veniat in consequentiam, eo quod tectum cooperire, et
reficere sequuntur usuarium, qui sentit commodum habita-
tionis, et haeres, seu proprietarius nullum fructum assequa-
tur ex eo loco, ideo onus erit reficere tecta, eaque sarta te-
nere.

Sed contra hanc propositionem obstat validum argumen-
tum, nam usuarius non est dominus rei, cujus usum habet,
et ideo videtur, quod onus sarta tecta tenendi non sit usua-
rii sed haeredis, vel proprietarii; alias si ad tales impensas
teneretur, ex eo quod tale onus sit annexum commodo, se-
queretur, quod teneretur ad omnes refectiones, quod est fal-
sum, quia nec usufructuarius ad magnas impensas tenetur;
sed solummodo ad eas, quae respiciunt fructuum recollectio-
nem, et ad modicas impensas probat textus in *dicta l. hacte-
nus* 8. *ff. de usufr.* in haec verba. *Hactenus tamen, ut
sarta tecta habeat, si qua tamen vetustate corruissent, ne
utiquam cogi reficere.* Sequitur postea dicendo. *Unde Cel-
sus de modo sarta tecta habendi quaerit. si quae vetustate
corruerent, reficere non cogitur. Modica igitur refectio ad
eum pertinet, quoniam, et alia onera agnoscit, usufru-
ctu legato.*

7 Et ideo doctores distinguunt de refectione, vel exigit ma-
gnas impensas, et respiciunt utilitatem rei perpetuam, et
usufructuarius, ad eas non tenetur, dummodo tales sumptus
facti non sint causa fructuum colligendorum, de qua materia
late discurrit *Castillus de usufructu capite* 56. *et melius* 57.
8 *ad quem me remitto*, ubi quoties magna impensa require-
tur et non sit causa colligendorum fructuum, hae ad proprie-
tarium spectant, et ab eo illas repetit, si eas praestat, *ut in
dicta cap.* 57. *n.* 6. *et* 7. *et per totum.* Quin imo si usufru-
ctuarius tales impensas ingentes fecerit, et proprietarius
recuset restituere, usufructuarius potest rem in qua habet
usumfructum retinere, donec fuerit satisfactus. *ubi n.* 17. et
quod dicitur de usufructuario idem venit dicendum de usua-
rio, quatenus tales impensas faceret, poterit illas repetere
ab haerede, vel proprietario, argumento ducto *a l.* 1. *ff. de
usu et habitat. et* §. 1. *instit. eod. tit. quia iisdem modis
constituitur usus, quibus ususfructus et iisdem modis fini-
tur quibus ususfructus:* ita conveniens est, ut reguletur usus
iisdem regulis, quibus ususfructus, praeter regulas, quae
specialiter sunt introductae pro usu tantum.

QUAESTIO VII.

An usuarius alicujus domus capacis aliarum habitantium si unam partem eligat, aliam censeatur dimisisse.

SUMMARIUM.

1. Usuarius alicujus domus si unam partem tantum inhabitet, alteram censetur dimisisse.
2. Dominans postquam elegit locum in fundo serviente, amplius non potest variare, etiam si in infinito fuerit concessa videlicet, per quamlibet ejus partem.
3. Quaedam in sermone tacite excipiuntur.
4. Servitus constituta sub hac forma, ut per quamlibet partem fundi ire, agere liceat, potest per dominantem variari ad sui libitum, quia totus fundus servit.
5. Usuarius, cui legatus est usus totius domus, licet una tantum pars ei sufficiat, ettamen totum usum domus usurpare potest, et variare.
6. Vendens domum cum pacto, ut ei vel liceret habitare eam donec viveret, aut per singulos annos consequi decem ab emptore, est in facultate emptoris uno concedere habitationem, altero vero anno dare decem uti illi placuerit.
7. Debitor in obligationibus annuis alternative conceptis habet facultatem variandi singulis annis.
8. Habens electionem a jure potest variare quandocumque voluerit.
9. Legata annua alternative concepta tot sunt, quot sunt anni.
10. Domus uno tempore expedit uti parte illius, altero vero tempore altera parte.
11. Usuarius potest unam habere inquilinum etiam mercedem solventem eidem, dummodo simul habitent.
12. Servitus realis semel constituta, non potest amplius variari a dominante, nisi expressam habeat facultatem variandi.
13. Dominus tenetur constituere servitutem eandem in fundo ad minus damnum servientis, quod secus est in servitute personali.

1 Casus esse potest, testator reliquit usum domus suae ali-
cui, cui habito respectu ad illius personam quia angustam,
et modicae familiae una pars, videretur sufficere pro illius
usu, et ita in facto idem usuarius una parte tantum utebatur,
quaesitum fuit, an haeres, vel proprietarius, altera parte
ejusdem domus uti posset tamquam vacua.

Et videbatur dicendum electa una parte illius domus ea
debere esse contentum usuarium, sive quia, ut saepe saepius
diximus, usus est ex necessitate utentis. *l. plenum.* 12. *ff. de
usu, et habitation.* sive quia, si detur casus alieni fuisse re-
lictam servitutem, agendi, vel eundi simpliciter per fundum
alienum, vel aquam ducendi, licet habeat facultatem eligen-
di servitutem per quamlibet partem fundi, tamen facta ele-
ctione, a parte tantum debet esse contentus dominans. textus
est ad litteram in *l. si cui ff. de servit.* in haec verba.

Si cui simplici usu via per fundum cujuspiam conceda- 2
*tur, vel relinquatur, in infinito videlicet. per quamlibet ejus
partem ire agere licebit: civili tamen modo. Nam quaedam in
sermone tacite excipiuntur. Non enim per villam ipsam, nec
per medias vineas ire agere ipse sinendus est: cum id aeque
commode per alteram partem facere possit, et minore ser-
vientis fundi detrimento. Verum constitit, ut quamprimum
viam direxisset, ea demum ire agere deberet, nec amplius
mutandae ejus potestatem haberet, sicut et Sabino quo-
que videbatur: qui argumento rivi utebatur: quem primo
qualibet ducere licuisset, posteaquam ductus esset, transfer-
re non liceret, quod et in via servandum esse verum est.*

Quam bene quadrat haec lex praesenti quaestione licet
enim testator reliquerit usuario domus usum indefinite, ita
ut licitum sit ei, qualibet parte domus uti, ettamen cum aga- 3
tur de homine tam angusto, adaptanda est ea regula, quod
quaedam in sermone tacite excipiuntur. dum tota domo non
egeat, ut sit contentus ea parte, quam elegerit, quae suffi-
ciens erit pro sua portione, ideo facta per usuarium electione
dictae partis domus ibi manere debet, alteram vero partem
liberam proprietario, seu haeredi dimittere, itant semel fa-
cta electione, amplius non sit in ejus facultate variandi, et
occupandi alteram partem.

Si autem testator in testamento dixisset, ut tota domo uti
posset, eo in casu non esset dubitandum quin usus totius do-
mus ei competeret, licet non toto uteretur, ad exemplum ser-
vitutis viae relictae per totum fundum, ita ut esset in pote-
state dominantis variandi quandocumque ei libuisset probat
textus *in l. nam satis.* 6. *ff. quemadmodum. Servitutes amit-
tant.* in haec verba. *Caeterum si ita constitutum est jus viae,* 4
*ut per quamlibet partem fundi ire agere liceat, idque velit
subinde mutare, nihil prohibet* Sed hic sumus in conces-
sione indefinita, usus domus ergo semel facta electione illius
partis domus pro usu, altera erit proprietarii: quibus tamen
non obstantibus.

Conclusio nostra est usum totius domus legatum esse ipsius 5
usuarii, licet tota non utatur ob modicitatem familiae, vel
quia usuarius est tam angustus, ut ei minima pars sufficiat,
imo habere etiam facultatem variandi textus extra dentes in
Divus. 23. §. *libet. ff. de usu. et habitation.* haec sunt verba.
*Licet tam angustus sit legatarius, cui domus usus legatus
est, ut non possit occupare totius domus usum, tamen his
partibus, quae vacabunt, proprietarius non utatur:* et red-
dit rationem. *quia licebit usuario aliis. et aliis temporibus
tota domo uti: cum interdum domini quoque aedium (prout
temporis conditio exigit) quibusdam utantur, quibusdam
non utantur.*

Concordat textus *in l. si sterilis.* 22. §. *Qui domum ff. de
action. empt. et vend.* ubi. *Qui domum vendebat excepit* 6
*sibi habitationem. donec viveret aut in singulos annos de-
cem. Emptor primo anno maluit praestare decem. secundo
anno habitationem praestare, Trebatius ait, mutandae vo-
luntatis potestatem eam habere singulisque annis alteru-
trum praestare posse, et quamdiu paratus sit alterutrum
praestare, tamdiu petitionem non esse.* ait ibi *Bart.* in obli-
gationibus annuis alternative conceptis licitum est quolibet 7
anno variare, concordat pariter textus *in l. cum qui certa-
rum.* 138. §. *cum pure ff. de verbor. obligat.* in haec verba.
Cum pure stipulatus sum illud dari. licebit tibi quoties vo- 8
*les, mutare voluntatem in eo, quod praestaturus sit: quia
diversa causa est voluntatis expressae, et ejus quae inest* et
ibi *Bart.* ait, qui habet electionem a lege, potest quandocum-
que variare. concordat pariter textus *in l. pater Severinam.
soc.* §. *fideicommissa. ff. de condiction. et demonstrat.* ubi
ait *Bart.* in legato annuo licitum est, quolibet anno variare,
quia ait ipse tot sunt legata quot sunt anni; quia ergo usua- 9
rius habet facultatem a lege variandi usum domus ad sui li-
bitum, merito partem vacantem domus proprietarius occu-
pare non poterit: restat modo respondendum ad contraria.

Ad primum ergo, usum esse ex necessitate utentis, respondetur, usum in hoc consistere ut sit eius fructu, ut contingit in casu nostro, num uno tempore non expedit uti par-
10 te domus vacante, altero vero tempore uti licet, et ita salvatur necessitas quia eo tempore, quo ea parte uti voluerit, dicitur usum esse ex necessitate.

11 Quin imo, non est ablata facultas ipsimet usuario, quin secum habeat etiam inquilinum, et si ab eo aliquem pecuniam accipiat pro usu domus, dummodo uterque simul habitet nec mihi est credendum, sed *l. caeterum. 4. ff. de usu, et habitat.* in illis verbis. *Proculus autem de inquilino notat, non bene inquilinum dici, qui cum eo habitat, et secundum haec, et si pensionem habitationis percipiat, dum ipse quoque inhabitat, non erit ei invidendum. Quid enim si tam spatiosae domus usus sit relictus homini mediocri, ut por-*
12 *tiuncula contentus sit?* concordat pariter textus in *l. sed neque 8. ff. eod. tit.* ib., *Sed neque concedent habitationem sine se*, et ita cessat objectum.

Ad secundum *dictae l. si cui facillime* respondetur ibi agi de servitute reali, quae a praedio rustico alteri praedio rustico debetur, unde semel facta electione, non potest amplius dominans variare, nisi expressam habeat facultatem variandi prout supra dictum est, sufficit enim praedio dominanti, ut quo pro momo habeat iter, actum, vel viam. *Alberic. ad dictum §. licet.* pro conducendis fructibus, et aliis indigentiis ejusdem fundi, hic sumus in servitute personali quae a re personae debetur, et ideo haec servitus personalis non est regulanda secundum regulas realium, quae semper
13 habent in se illam tacitam conditionem, ut ibi constituatur, ubi minus damnum erit fundi servientis, nec enim est concedenda dominanti plenaria facultas construendi servitutem in fundo servienti, ubi ei libuerit, licet simpliciter, et in infinitum fuerit concessa facultas, sed civili modo talis facultas est moderanda, ne per medias vineas fiat, sed tantum ad minus damnum fundi servientis, prout loquitur eadem *l. si cui.*

QUAESTIO VIII.

An usus, quem aliquis stipulatus est sibi, et haeredibus suis mortuo stipulatore, competat singulis haeredibus insolidum.

SUMMARIUM

1. Usuarius, qui sibi stipulatus est usum et ejus haeredibus mortuo stipulatore an singulis haeredibus competat insolidum vide n. 15.
2. Usus pars legari non potest, quia est individuus, frui quidem pro parte potest, uti vero pro parte non potest.
3. Ususfructus est dividuus, caeterae servitutes sunt individuae.
4. Conditio obligationis ex persona haeredum non immutatur.
5. Haeredes omnes insolidum tenentur pro servitutibus individuis et singuli insolidum habent actionem.
6. Haeres cum aliis insolidum obligatus solvendo, vel praestando praestandum, petitionem habebit ab aliis cohaeredibus actione familiae herciscundae.
7. Difficultas praestationis non facit inutilem stipulationem.
8. Servitutes reales constituuntur secundum indigentiam praedii dominantis.
9. Servitus usus constituitur secundum indigentiam personae, et quatenus sit ad usum quotidianum.
10. Haeredes usuarii etiamsi essent centum secundum opinionem cujusdam, singulis insolidum deberetur usus, interveniente stipulatione ut in quaestione.
11. Obligationes aliae sunt, quae descendunt ad haeredes testatoris, quaedam non, ex natura sua, et hic explicatur quomodo contingere possit.
12. Ususfructus quandoque transit ad haeredes, et quomodo.
13. Stipulatores stipulantes aliquid dividuum, non addita clausula insolidum, quilibet videtur stipulator pro parte.
14. Stipulatio quando censeatur facta in viriles partes.
15. Usuarius qui sibi, et suis haeredibus stipulatus est usum alicujus fundi, si omnibus sufficit in solidum, singulis competit in solidum, secus, et e contra adjungendum cum hoc numero.
16. Indefinita aequipollet universali.
17. Servitus, in heredibus ubi ... comprehenditur etiam futura.
18. Testator per haec verba gravans suum haeredem, dicendo haeres meus dato, si sint plures haeredes omnes gradus comprehendit, alias, si non omnes vult gravare, eos nominare debet.
19. Interpretatio fieri debet contra eum, qui legem clarius dicere potuit.
20. Usus fundi, si non est sufficiens omnibus haeredibus, neque competere eis potest insolidum, tunc talis usus vertitur in usumfructum qui est dividuus.
21. Actus quando valere non potest eo modo, quo est, valere debet eo modo quo potest.
22. Actus ut valeat semper fieri debet interpretatio, ut eo animo factus sit, ut valeat eo modo quo valere poterit.
23. Regula, ut actus potius valeat quam pereat etc. si locum habere locum solum quando ille actus pendet a voluntate disponentis, sed vide numero sequenti.
24. Usus in se comprehendit etiam usumfructum, seu accipitur pro commoditate utendi.

Pecchii = de Servitutib. =

Hanc quaestionem proponit *Bart. in leg. 4. §. Cato ff. de* 1
verbor. obligat. in 6. quaestione n. 29. Casus esse potest. Petrus stipulatus est sibi, et haeredibus suis usum alicujus fundi, mortuus est stipulator, et plures haeredes reliquit, quaerebatur, an haeredes singuli insolidum debeant habere usum, an vero pro parte.

Difficultas oritur ex *l. usus parte 20. ff. de usu et habitat.*
dicendo. *Usus pars legari non potest: nam frui quidem par-* 2
te possumus, uti pro parte non possumus. Gloss. ad dictam legem in verbis *pro parte*, valde intricate loquitur, nec aperte cognoscitur in quam partem inclinet, nam constat usum esse individuum *d. l. usus pars, ususfructus vero dividuus, d. l. usus pars. et leg. 1. §. si ususfructus. ff. ad leg. Fal-*
cid. dicendo. *Si ususfructus legatus sit, qui et dividi potest,* 3
non sicut caeterae servitutes individuae sunt. Et per consequens in aliis stipulationibus realium servitutum, quae, ut mox dicit textus sunt individuae, quando ad haeredes transeunt, quilibet haeredum habet actionem in solidum. Verumtamen praedium serviens non in plus gravatur, quam si esset unus dominus. Textus ad literam in *l. 2. §. Ex his. ff. de verbor. obligat.* in haec verba. *Ex his igitur stipulationibus, nec haeredes quidem pro parte solvendo liberari possunt, quamdiu non eamdem rem omnes dederint. Non enim ex persona haeredum conditio obligationis, immutatur, et*
ideo si divisionem res promissa non recipit, veluti via, hae- 4
redes promissoris singuli insolidum tenentur. Sed quo ca- 5
su unus ex haeredibus solidum praestiterit, petitionem ha- 6
bebit a cohaerede familiae herciscundae judicio. Ex quo quidem accidere posse Pomponius ait, ut et stipulatoris viae, vel itineris haeredes singuli insolidum habeant actionem. Sed quidem hoc casu extingui stipulationem putant: quia per singulos acquiri servitus non potest. Sed non facit inu-
tilem stipulationem difficultas praestationis. Bart. autem 7
in l. eadem 4. §. Cato in 6. quaestione n. 26. tenet singulos haeredes habere usum insolidum, ea ratione, quia servi-
tutes reales constituuntur secundum indigentiam praedii do- 8
minantis probat text. *in l. ergo 5. §. Neratius. ff. de servit. rusticor. praedior.* in illis verbis. *Sed et ipse adjicit, ut maxime calcis coquendae, et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit, et quia praedium non eget plus, si est plurimum quam si sit unius*; hinc licet singuli habebant actionem insolidum, attamen non consequentur plus quam
unus. Servitus vero usus constituitur secundum indigentiam 9
personae et quatenus sit ad usum quotidianum *dicta l. plenum 12. ff. de usu et habitat*, sed plures personae plus indigent, quam una: ideo secundum regulam unusquisque haeredum stipulatoris, deberet habere usum insolidum quantum sufficiat ad sui indigentiam, et pro ipsius usu.

Ad fundandam autem suam intentionem Bartol. adducit
doctrinam Petri affirmantis, quod etiam si essent centum hae- 10
redes, omnes debent habere usum insolidum pro quolibet eorum, et quilibet debet percipere secundum indigentiam suae personae, hanc sententiam sequitur intrepide *Hormanotius Betas in §. Cato. n. 489.* qui testatur in haeredibus esse novos usus. Hanc conclusionem sic probant.

Quaedam enim sunt, quae directo descendunt a persona 11
defuncti ad haeredem, ut stipulationes, et obligationes personales, et alia jura realia, quae postea inter haeredes dividuntur, et quando sunt individua tunc ad haeredes transeunt insolidum. Quaedam sunt jura personalia, quae ad haeredes non transeunt; veluti est ususfructus, et usus, qui natura sua pereunt, pereunte persona, cui debentur. Hinc in his juribus, si aliquis stipulatur sibi, et haeredibus suis, haeredes non habent istud jus, ut usum, vel usumfructum defuncti, sed erit novus usus, vel novus ususfructus, et perinde est, ac si defunctus esset stipulatus hoc modo; promittis mihi usumfructum, et finito meo usufructu, promittis illum constituere haeredibus meis, idem dicendum est de usu, probat Petrus hoc suum dictum, ex *l. stipulatio ista 38. §. si quis ita stipulatus fuerit. ff. de verbor. obligat.* in haec verba. *Si quis ita stipulatus fuerit, uti frui sibi licere ad haeredem stipulatio isti non pertinet. Sed et si, sibi non addiderit, non puto stipulationem de usufructu ad haeredem transire,*
eoque jure utimur. Sed si quis uti frui licere sibi haeredique 12

*suo stipulatus sit, videamus an haeres ex stipulatu agere
possit. Et puto posse: licet diversi sint fructus. Nam et si
ire, agere stipuletur sibi haeredique suo licere, idem pro-
bamus.*

Ex quo jure deducit hanc consequentiam, ergo talis usus
non transit ad haeredes, sed quilibet haeredum habet actio-
nem ad usum, actionem dico quaesitam per eum, qui potuit
13 eis acquirere, perinde, ac si ipsi essent stipulati. Hinc quan-
do plures stipulantur aliquid dividuum, nec additur clausula
insolidum, quilibet videtur stipulatus pro parte *authent. hoc
ita, de duobus rei. stipulond.* ibi *hoc ita, si pactum fuerit
speciale unumquemque teneri insolidum in* ℥. *vero ejusdem
authent.* habentur haec verba. *Sin autem non convenerint spe-
cialiter, ex aequo sustinebunt unus*, et clarius *in l. Reus
11.* ℥. *cum tabulis. ff. de duob. rei stipul. vel promit.* ibi
cum tabulis esset comprehensum, illum et illum centum au-
reos stipulato, neque adjectum ita, ut duo rei *stipulandi es-
sent, virilem partem singuli stipulati videbuntur*, et paulo
14 inferius, ait *dividi in partes viriles debere dixi, quod non
fuerat adjectum, singulos insolidum spopondisse. ita ut duo
rei promittendi fierent.* Sed quando plures stipulantur indi-
viduum, quilibet habet actionem insolidum, licet non tam-
quam duo rei. Ideo in usufructu stipulando haeredibus, qui-
libet haeredum haberet partem, quia est dividuus, sed in usu
qui est individuus quilibet habebit solidum. haec sunt, quae
adducit Bartol. per dictum Petrum.

Verumtamen in eo, quod plus refert irresolutam dimisit
quaestionem, nam admittimus et nos per stipulationem testa-
toris pro suis haeredibus, singulos insolidum habere debere
usum illius fundi, sed quid si sint plures haeredes, quibus
totus fundi usus omnibus non sufficit quomodo verificabitur,
unumquemque insolidum habere usum, si exempli gratia
sunt tres haeredes, et uni tantum sufficiat, frivola est respon-
sio Glossae pro parte eos consecuturos rerum usum non ra-
tione, sed occasione, et ex necessitate; enim vero decisio, seu
resolutio debet esse generalis, et omnibus prodesse, et prae-
cipue in id, quod principaliter debetur, et ratione cujus sti-
pulatio fuit contracta, finis enim stipulationis interpositae,
erat providere haeredibus, ut singuli insolidum consequantur
usum quotidianum, sed hunc, ratione tenuitatis fructuum
naturalium, omnibus non esset provisum, ergo ad quid de-
cidere singulis insolidum competere usum prout constanter
determinat *Hormonatius metus in d.* ℥. *Cato. n.* 489. decisio
enim debet tollere omnem ambiguitatem.

15 Quapropter, nostra est conclusio, vel usus fundi sufficit
omnibus insolidum, itaut singuli haeredes pro suo usu quoti-
diano eum consequi possint, et tunc sum cum Bartoli voto;
et ratio est in promptu quia nostra quaestio est, si quis sti-
pulatus fuerit sibi, et haeredibus suis usum alicujus fundi,
cum iste fundus omnibus sufficiat, licet testator toto usu illius
16 fundi non uteretur, quia superabundans, attamen ratione
orationis indefinitae, quae amplectitur totum fundi usum re-
spectu haeredum; *leg. si servitus 22. ff. de servitutibus ur-
banor. Praedior. argumento ducto a paritate rationis.* in
17 haec verba. *Quod si ita cautum sit, ne luminibus officiatur,
quia ambigua est scriptura, utrum ne iis luminibus officia-
tur, quae nunc sunt: an etiam iis, quae postea quoque fue-
rint: humanius est verbo generali omne lumen significari,
sive quod in praesenti, sive quod post tempus contigerit.*
Concordat textus in *l. si ita relictum* 44. et *leg. si pluribus*
45. *ff. de legatis* 2. et textus in *leg. si plures* 46 *ff. de lega-
18 tis tertio.* Ibi. *Si plures gradus sint haeredum; et scriptum
sit haeres meus dato, ad omnes gradus hic sermo pertinet;*
sicuti haec verba. *Quisquis mihi haeres erit. Itaque si quis
velit non omnes haeredes onerare legatorum praestatione,
sed aliquos ex his nominatos damnare debet*, et copiose nos
scripsimus *tomo quarto de aquaeductu quaest.* 81. *sub n.* 9.
Sic a paritate rationis cum stipulatus fuerit usum pro se, et
suis haeredibus; sicuti testator eumdem usum consecutus est
insolidum pro se, ita et singuli haeredes pro quolibet debent
habere suum usum quotidianum ad sui ipsius sustentationem,
onus erat enim ipsiusmet promissoris, declarandi se velle
praestare tantum usum, quo utebatur stipulator, ex regula
interpretationem faciendam esse contra eum, qui legem cla-
19 rius potuit dicere, et non dixit. *leg. veteribus ff. de pactis
cum aliis concordantibus per Gloss. ibidem adductis*, erat
autem in facultate ipsius promissoris se restringendi in sua
promissione ad usum tantum defuncti, et non ultra. Et eum-
dem sensum, et conclusionem nostram probat *Albericus in
l. usus pars 20. ff. de usu, et habitatione n.* 4. et quod usus
sit individuus natura sua, ideo singulis haeredibus in soli-
dum competit. ut *ibi n.* 4. in haec verba. Nam si fundus es-
set ita amplius. quod sufficeret utrique, quilibet haberet usum
insolidum, et in jure, et in actu. Quia usus est jus percipien-
di, quod est sibi necessarium.

Si vero usus fundi non est sufficiens omnibus haeredibus, 20
tunc quia eis non potest competere in solidum pro singulo eo-
rum, dicendum est eis competere tamquam usumfructum,
qui patitur divisionem. *d. l. usus pars ibi, frui pro parte
potest* nec est mirandum de hac interpretatione, quia in pri-
mis habemus regulam, quotiescumque actus valere non po-
test, eo modo quo valet, debet valere, eo modo quo valere
potest. Habemus exemplum in *leg. Divus Adrianus* 23. *ff.* 21
de usu et habitatione, ubi testator legaverat usum sylvae ali-
cui Pomponius scribit censeri quoque ei relictum fructum,
haec sunt verba. *Divus Adrianus, cum quibusdam usus
sylvae legatus esset, statuit, fructum quoque eis legatum
videri: quia nisi liceret legatariis caedere sylvam, et ven-
dere, quemadmodum fructuariis licet, nihil habituri essent
ex eo legato* ex regula, quia semper debet fieri interpretatio,
ut actus valeat, et factus sit eo modo, quo valere potest. Et
per textum in *leg. quoties, decimo tertio. ff. de rebus dubiis.*
in haec verba. *Quoties in actionibus, aut exceptionibus am-
bigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res de
qua agitur, magis valeat, quam pereat*, et per textum in
leg. ubi est 12. *ff. eodem titulo.* in haec verba. *Ubi est ver-
borum ambiguitas, valeat, quod actum est, veluti. Si sti-
cum stipuler, et sint plus stichi, vel hominem Cartagini
dori. cum sint duae Cartagines; semper enim in dubiis id
agendum est, ut quam tutissimo loco res sit bona fide con-
tracta nisi cum aperte contra leges scriptum est.* Et inter-
pretatio est fortior quibuscumque aliis ut probat *Lancello-
tus Galiavola in l.* 1. *in* ℥. *si quis ita ff. de verborum obli-
gat. sub n.* 23. *ex Decio in capitulo quoniam habes de officio
delegati, et in consilio* 77. *et* 140.

Nec valet si opponatur, hanc regulam habere locum quo- 23
tiescumque actus penderet solummodo a voluntate disponen-
tis, seu unius tantum ex contrahentibus, secus autem in iis
quae pendent ab utroque contrahente, ut notat *idem Lan-
cellotus Galiavola in eod.* ℥. *sub n.* 31.

Nam respondetur prout dictum est supra nos hic esse in
stipulatione usus. usus autem ut notat *Castillus de usufru-
ctu capite vigesimo octavo, n. nono*, quatuor modis accipi-
tur, sed pro eo quod ad rem nostram facit, dicemus duobus mo-
dis accipi posse: primo quatenus usus est servitus, secundo
quatenus usus est commoditas, et hoc modo accipitur ut u-
susfructus pro commoditate utendi, quia etiam ususfructus 24
appellatur usus. *textus est in* ℥. 1. *et in* ℥. *prospeximus in
autentico de non eligend. secundo nubent. et in* ℥. *si vero
in authen. de haeredibus ab intestato venientibus, et ut la-
tius apud ipsum Castillum, et textus* illi sunt ad litteram.
Dum ergo in stipulatione deductus est usus ex voluntate con-
trahentium, potest comprehendere usum tamquam usumfru-
ctum. Si ergo usus illius fundi non est sufficiens singulis in-
solidum, adducendus erit ad usumfructum tamquam conten-
tum in eadem stipulatione usus, qui comprehendit etiam usum-
fructum, quatenus est commoditas ex regula actum valere,
eo modo quo potest juxta dispositionem *d. l. ubi* 12. ne se-
quatur absurdum, eo quod usus fit ex necessitate utentis, et
cum utenti competat usus insolidum, et hunc ratione tenui-
tatis non possunt consequi haeredes insolidum; ideo redu-
cendus est ad usumfructum, seu commoditatem.

Licet Albericus *in dicta leg. usus pars sub n.* 3. dicat
usum, quatenus est jus, esse individuum: tamen a parte rei
in versic. secundo modo sic, pars usus non potest legari,
et intelligit de parte usus, quatenus est jus, et servitus, non
de parte rei, et ratio est, quia servitus est individua, omne
enim jus in seipso est individuum et si contingat divisio,
hoc est ex parte rei. et clarius *sub n.* 4. *versic* Sed quaerit
Oldr. aliquis reliquit usum alicujus prati duobus, cujus foe-
num sufficiebat decem equis. quilibet eorum habet quinque
equos. quilibet habebit dimidium, sequitur postea dicen-
do; sed pone unus habebat tres equos, alter vero septem,
quid erit? Respondet ille, qui habet tres equos, tres partes
habebit, qui vero septem, reliquas septem partes conseque-
tur, et sequitur postea ponendo alios casus, in materia par-
tium valde disparium, ad quem remitto lectorem, hoc unum
est a parte intrare videtur divisio; verumtamen, quia de ra-
tione usus est, ut cuilibet insolidum debeatur, eo quod usus
natura sua sit individuus, ideo tutius est; quando usus talis

fundi omnibus non est sufficiens; ut eum redeamus ad usum, scilicet ad commoditatem, cum non repugnet eisdem verbis stipulationis, nam et ususfructus est jus *utendi*, fruendi etc. illud verbum, utendi, non accipitur pro usu, seu servitute usus, quia servitus servitutis esse non potest, quod sequeretur, si illud verbum *utendi*, pro servitute acciperetur, cum sit absurdum, et ita loquendo secundum nostram secundam partem conclusionis, loquimur secundum terminos, et judicio meo melius est nostrum dictum, quam Glossae affirmativa non esse ex jure occasione, et necessitate.

QUAESTIO IX.

An stipulatio illa, de usu pro se, et suis haeredibus transeat ad haeredes in infinitum.

SUMMARIUM

1. Stipulatio de usu pro se suisque haeredibus, an transeat ad haeredes in infinitum. Crottus affirmative respondet, sed vide n. 5.
2. Haeres haeredis dicitur haeres testatoris.
3. Usus acquisitus pro se, et suis haeredibus, non extenditur ad secundos haeredes, sed tantum primos amplectitur.
4. Ususfructus stipulatus pro se, et suis haeredibus extenditur ad primos haeredes tantum.
5. Usus iisdem modis constituitur, et finitur, quibus ususfructus.
6. Consequentia tollitur adducendo instantiam.
7. Haeres haeredis non continetur in dispositione de re, quae natura sua non est transitoria ad haeredes, etiam si facta fuerit mentio haeredis, vel in stipulatione, vel in testamento.

1 Crottus in *leg. eadem* §. ʒ. *Cato*, *n.* 132. resolvit hanc quaestionem esse omnes haeredes usque in infinitum admittendos ad dictum usum, per regulam, quae deducitur *ex leg. fin. cod. de haered. instituend.* in illis verbis. *Et hoc ar-*
2 *gumentum ex antiqua regula, quae voluit haeredem haeredis testatoris esse haeredem.* et per *textum in leg. annalibus* 22. *c. de legat.* in haec verba. *In annalibus legatis, vel fideicommissis, quae testator non solum certae personae, sed et ejus haeredibus praestari voluit eorum exactionem omnibus haeredibus, et eorum haeredum haeredibus servari, pro voluntate testatoris praecipimus.* et ad probandam hanc suam electionem adducit pro se *Gulielm.* cum *Bart. Salicet. et Castrens. circa Guliel.* illum non vidi. *Bart. in dicta leg. nec verbum quidem. Salicet.* vero haec habet verba. *id dicta leg. antiquitas* in fine. *Quaerit hic Guliel. de cum.* (qui est idem auctor ut supra) *an, quae hic dicuntur in usufructu locum habeant in usu legato alicui, et haeredibus suis. Et dic, quod non, quia in usu proprietas non redditur perpetuo inutilis, cum illud, quod est ultra necessitatem legatarii, spectet ad proprietarium: haec ratio non est generalis, quia non valet, ubi non est ultra usum. Et si primus haeres sit unus, sequentes sint plures, non procedit, ideo puto, quod sit idem in eodem,* scilicet quod dicitur de usufructu, idem veniat dicendum de usu. Castrens. vero illud quidem dicit, sed per modum viae transeuntis; fundatus super dicto *Guliel. de cum.* sed per rationes per nos inferius adducendas demonstrabitur, quam sit fallax illa ratio, eo quod non concludat perneccesse, neque ut dictum est, generalis est.

3 Nostra conclusio est si ususfructus extenditur ad haeredes, quando stipulatur sibi, et haeredibus suis stipulatus est usumfructum ad primos tantum haeredes se extendi et cum eo finiri per textum in *l. antiquitas* 14. *c. de usufr. et habit.* in illis verbis. *Tales alternationes decidentes sancimus, et*
4 *hujusmodi legatum firmum esse, et talem usumfructum una cum haerede finiri: et illo moriente, vel aliis legitimis modis, eum amittente, expirare. Quare enim iste ususfructus sibi tale vindicet privilegium, ut generaliter interemptione ususfructus ipse solus excipiatur; quod ex nulla induci rationabili sententia manifestissimum est. Et propter hoc, et usumfructum finiri, et ad proprietatem suam redire, et utile esse legatum etc.* Notentur illa verba. *Quare enim iste ususfructus sibi tale vindicet privilegium, ut generaliter interemptione ususfructus ipse solus excipiatur.* Haec est regula generalis interemptione eorum, quae natura sua ad haeredes non transeunt, ab ea regula solus ususfructus non est excipiendus, ergo signum est et usum non esse exceptum etiamsi ad haeredes transeat, et hoc magis corroboratur per primam probationem mox adducendam.

5 Quae ratio deducitur ex ʒ. *prima, instit. tit. de usu, et habitat.* ubi disponitur usum iisdem modis constitui quibus ususfructus in haec verba. *Iisdem illis modis, quibus ususfructus constituitur, etiam nudus usus constitui solet, iisdemque illis modis finitur, quibus et ususfructus desinit.* Ergo quod dicitur de usufructu, idem venit dicendum de usu, sed ususfructus non excedit primum haeredem, ergo neque usus excedere debet primum haeredem, quia non est major ratio de uno, quam de altero.

Probatur consequentia, demus casum, fuisse legatum aliquibus, vel duobus usum alicujus prati, prout diximus in superiori quaestione, quorum quisque habeat quinque equos, et foenum totum requiratur pro usu decem equorum, certum est, si usus duraret in infinitum, ut supponitur proprietas ejusdem prati esset inutilis proprietario, imo potius dicendum esset legatam quoque esse proprietatem, cum proprietarius ea uti nequit, cum tantum consequatur usuarius, quantum reddit pratum; ergo ratio, quae militat in usufructu, debet etiam militare in usu; sed sic est, quod si ususfructus transiret ad haeredum haeredes, inutilis redderetur proprietas contra dispositionem *leg. antiquitas; supra extensae*, ideo ne hoc sequatur, ususfructus debet extingui extincto primo haerede, ergo, et usus mortuo primo haerede finietur, ad tollendam autem consequentiam sufficit adducere instantiam probat *Jason. in l. eodem.* §. ʒ. *Cato sub* n. 52. *ff. de* 6
verbor. obligat. Et hoc est, quod voluit dicere *Salicet. in d. l. antiquitas in fine*, quia ratio ad adversantibus adducta debet esse generalis, et generaliter determinare quaestionem, sed hoc nequit fieri, ut apparet ex eadem instantia, ergo vera nostra conclusio.

Non obstant modo ea, quae ab adversantibus contra nostram conclusionem adducuntur, et in primis regula illa deducta ex *d. l. fin. c. de haered. instituen.* nomine haeredum, venire haeredum haeredes usque in infinitum; et clarius *in l. in annalibus. ut supra c. de legat.* Nam respondetur cum doctrina Brunemani in eadem *leg. in annalibus*, qui illam hoc modo explicat.

Cum testator legat decem annua Titio, legatum est personale, et morte Titii extinguitur sicut, et ususfructus. l. 4. *ff. de annu. legat. ubi ratio, quia sub conditione videtur relictum, si vivat. l.* 16. ʒ. 1. *ff. de verb. oblig. sed quid si Titio relinquat, et haeredibus ejus. Quaeritur an primi haeredes tantum, an vero haeredum haeredes intelligantur. Videtur prius argumenti l.* 14. *c. de usufruct. sed posterius verum est ex proprio haeredis significatione, quae et haeredum haeredes amplectitur. l. haeredis* 65. *ff. de verbor. significat. ergo per leg. nec aliter. ff. de legat.* 3. *alia ratio usufruct. quia si ad haeredem haeredis pertineat proprietas domino semper erit inutilis. Hinc ergo sequitur regulam esse per haeredem haeredis, etiam haeredem intelligendum esse per d. l.* 65. *ff. de verb. signif. et ibi Gadd. quod etiam in annuis legatis verum est, per hunc textum. Covarruv. lib.* 3. *resol. cap.* 9. *n.* 20. *Barril. lib.* 9. *tit.* 25. *n.* 7. (*notentur sequentia verba*). *Sed excipiuntur a regula ea jura, quae sui natura non transeunt ad haeredem, dicta lege antiquitas.* 14. *cod. de usufr. Tiraquell. tit. le mort, parte* 2. *declarat.* 5. *et parte* 4. *declarat.* 4. *Barrii in dict. leg. haec ille auctor. idem probat addition. ad Donell. enucleatum. lib.* 10. *cap.* 17. *in litera E.* idem generaliter probat *Augustin. Barbos. in d. leg. antiquitas* 14 *c. de usufr. et habitat. n.* 6, dicendo. *Alii magis communiter eam rationem praestant, quia sumus in re, quae sui natura non transit ad haeredes, et tunc ubi appellatio haeredis refertur ad id, quod de sui natura non est transmissibile ad haeredes, in persona primi haeredis finitur ita Alphan. collect.* 469. *Tiraq. in tract. le mort. quaest.* 4. *declarat.* 4. *n.* 42. *Cardinal. Mantic. de conject. ultim. volunt. lib.* 8. *tit.* 14. *n.* 21. *Joseph. Ludov. concl.* 16. *illat.* 44. *versic. tertio limitatur. Menoch. de praesumpt. lib.* 4. *praesumpt.* 130. *n.* 6. *Petrus Barbos. in leg. quia tale.* 14. *n.* 34. *prope fin. ff. solut. matrim. Castill. hanc eamdem regulam generalem probat de usufruct. capite* 61. *n.* 29. *in responsione ad dictam leg. in annalibus ex doctrina Bart. in leg. Gallus.* ʒ. *etiam si parente. n.* 7. *ff. de liber. et posthum.* qui ita distinguit, et sequuntur omnes secundum Manticam, et alios relatos supra; quod cum haeredis mentio fit circa rem, quae sui natura ad haeredes transit, tunc omnes quidem haeredes continentur, exceptis quibusdam casibus, ut in dictis juribus. Cum vero haeredis mentio fit circa rem, quae sui natura ad haeredem non transit, sicuti ususfructus, qui morte finitur, et tunc de primo tantum haerede debet intelligi. Ita ut omnes interpretes concludunt generaliter hanc regulam, quam deducunt ex *leg. antiquitas. Codice de usufruct. et habitat*

quotiescumque facta fu erit mentia haeredum in re, quae natura soa non est transitoria od hoeredes, tolem dispositionem sive sit per contractum, sive per ultimam voluntatem, expirare in primo hoerede, secus si res natura sua sit transitoria ad haeredes ita in terminis determinot *Gomez tom. 2. variar. cap. 11. ubi n. 13. prope finem in versic. odvertendum*, prius monet lectorem circa doctrinam antecedenter lotam, in haec verba.

Advertendum tamen, quod superior conclusio, et doctrina procedit, et habet locum in contractu, vel dispositione super re de sui natura transitoria ad haeredes: secus tamen in contractu, vel dispositione super re de sui natura non transitoria ad haeredes: quia tunc talis contractus, vel dispositio nullo moda transit ad haeredes textus est in l. 3. §. fin. ff. quib. modis ususfruct. amitt. et in l. stipulatio ista §. si quis ita ff. de verbor. oblig. et haec ille auctor, qui plures alios textus citat. sequitur postea *n.* 14. dicendo.

Dubium tamen singulare est hoc casu. si fiat mentia haeredum, quos comprehendat, vel ad quos extendatur? Breviter dico, quod si loquimur in contractu, vel dispositione super re mere transitoria ad haeredes, moda fiat mentio eorum, moda non, semper comprehenduntur omnes haeredes in infinitum. Textus est in l. haeredis appellatio. ff. de verb. signif. et l. haeredes appellatione. ff. sod. tit. et l. fin. c. de haered. instituend. Si vero loquimur in contractu, vel dispositione super re, quae de sui natura non est transitoria ad haeredes, si fiat mentia earum. talis contractus, vel dispositio extenditur tantum ad primos haeredes, per textum in l. antiquos. c. de usufr. et c. haec auctor ille affirmando ita communiter teneri per omnes interpretes una cum *Bold. in l. fin. c. de haered. instituend.*

QUAESTIO X.

An, si usus legatus sit, vel per stipulationem acquisitus legatario, vel stipulatori, una cum ejus familia, si augeatur, vel minuatur, an augeatur usus, vel minuatur.

SUMMARIUM.

1. Usus legatus, vel acquisitus pro se una cum sua familia, si haec augeatur, vel minuatur, an augeatur usus, vel diminuatur.
2. Molitor, vel furnarius, qui promisit molere, vel coquere Antonio una cum ejus familia, si augeatur ultra modum nihilominus tenetur molere, vel coquere.
3. Usus acquisitus pro se, et tota sua familia, per haec verba lego usum fundi Titiani Antonio una cum ejus familia, et augeatur vel minuatur, eis debeatur etiam mortuo patre famil. dummodo omnes uniti vivant, ut sub n. 6.
4. Peculium legatum augeri, et minui potest.
5. Dispositio generalis per nomen collectivum facta comprehendit augmentum futurum superveniens.
6. Obligatio simpliciter concepta sub nomine collectivo non variatur licet crescat, et decrescat numerus comprehensorum.
7. Molitor, vel furnarius qui se obligavit molere, vel coquere Antonio et ejus familiae, seu haeredibus, vel etiamsi per testatorem idem fuerit legatum, vel sub aliqua annua pensione, si familia ultra modum aucta sit, an teneatur nihilominus molere vel coquere, duae sunt opiniones, affirmativa, et negativa, et n. 14.
8. Promissori imputandum esse, et non cogitavit, quod naturaliter contingere poterat, quia familia, populus, seu collegium admittunt augmentum, et diminutionem.
9. Concedens hominibus alicujus loci, vel terrae, ut possint scindere, et rapere ligna ex suo nemore, licet dictus locus habitatoribus itidem auctus, et ultra modum, attamen omnes poterunt ligna capere.
10. Verbo, ne luminibus officiatur, comprehenduntur lumina futura.
11. Regula contrariorum eadem est disciplina.
12. Regula qui sentit commodum, incommodum sentire quoque debet.
13. Monasterium, quod pactum erat cum eo, ut ejus monasterium cum suo molendino teneretur molere sibi, et familiae, decessit relictis pluribus filiis, quarum familia cujuslibet ita aucta erat, ut aequaret familiae patris, an monasterium cuilibet molere teneatur affirmative respondet.
14. Fundamenta pro parte negativa sunt, quae sequuntur.
15. Legatum simpliciter, et indefinite prolatum refertur ad tempus testamenti tantum, ut hic explicatur, et n. 20. n. 21.
16. Verba contractus in dubio intelliguntur rebus sic stantibus etiam si sint verba, generalia referuntur regulariter ad tempus contractus, non autem ad id, quod postea excrevit.
17. Emens locum, et circa eum decem pedes, si locus crescat, ultra decem pedes, non est ipsius emptoris illud augmentum.
18. Vendens fundum, et excipiens lapicidinas, quae tempore contractus apparebant, et ubicumque tractu temporis repertae sunt in eodem fundo lapicidinae, an dicantur, et ipsae exceptae favore venditoris.
19. Praestatio debita alicui monasterio, vel collegio, si ita excrevit collegium, vel monasterium ultra medietatem, an sit attendenda de tempore contractus, vide con. 25.
20. Molitor, vel furnarius an teneatur molere pro tota familia, si ultra modum aucta est, negative.
21. Primogenitus proximior, vel major vocatus ad majoratum, intelligitur, qui erat proximior tempore testamenti, vel major, non vero tempore mortis.
22. Concedens jus lignandi in suo nemore alicui tertio, cum tota ejus familia eo defuncto, relictis pluribus filiis, si habeant postea familiam separatam, non poterunt lignare, nisi illud quod solum pater poterat.
23. Legatum quando est probanda quaedoque in actibus successivis probatur etiam habito respectu ad futura tempora, et ut clarius hic explicatur non ad tempus contractus.
24. Pensio auctis fructibus locatae praedii censum debentis, non augetur.
25. Contrahentes, censentur respexisse ad tempus contractus, non ad futurum, quod est incertum.
26. Augmentum, et diminutio sunt naturalia nomini collectivo, vel universali; sed naturalitas illa non debet esse nociva promissori, sed venit regulanda secundum juris regulas, quia illa obligatio est tanquam quid extrinsecum, ut si non adsit obligatio expressa in infinitum multitudinis familiae ulterius non extenditur.
27. Promissio in dubio semper venit reducenda ad minorem summam, et quod est omissum pro omisso habendum est.
28. Obligatio regulatur secundum tempus contractus regulariter loquendo, et in actibus successivis, secundum tempus lacuinnis.
29. Diminutio a natura provenit, cum in hoc mundo nihil est perpetuum sed natura sua tendit ad interitum.
30. Augmentum vero, nisi exprimatur, non debetur, nam stipulatus, si illud voluisset exempli gratia extendi in infinitum illud expressisset, quod non fecit, ergo si imputandum.
31. Sermo generaliter prolatus nunquam trahitur ad futura, quando resultaret magnum praejudicium.
32. Servitus recipiendi aquas superfluas vicini non extenditur ad immoderatae.
33. Regulae quaedam tacite excipiuntur in sermone, licet non exprimantur.
34. Dominans licet habeat facultatem constituendi servitutem in fundo serviente, non tamen illam constituere potest per medias vineas, vel villam, sed ubi minus damnum eveniret potest dominum serviens, et facta electione amplius mutare non potest.
35. Augmentum sed moderatum admittit auctor in legato usus familiae facto.
36. Decisio thesauri affertur in praesenti quaestione rationis usus legati familiae.
37. Judex habet e jure facultatem moderandi stipulationes, quae aliquo modo continent iniquitatem, vel infinitatem, illasque reducendi ad aequitatem, uti est stipulatio usus pro se, et familia sua.
38. Conductor in perpetuum conductor alicujus fundum pro florenis centum annuis solvendis in moneta currenti tempore solutionis, aucta autem ultra modum propter deteriorationem monetae in longa majori aestimatione, potest petere moderari summam in moneta solvenda per judicem, illamque reducere ad aequitatem non obstante longa praescriptione.
39. Summum jus summa injuria, nam sub nimia juris subtilitate persaepe erratur.
40. Debitoris culpa perpetuat obligationem, quomodo haec propositio sit intelligenda.
41. Regula in pari causa damni potior est conditio retinentis, quam persequentis.
42. Aequitas non juris rigor venit attendenda, quia jurisprudentia est ars aequi, et boni.
43. Creditori est imputandum, si oblatam pecuniam accipere recusavit factum suum ei nocere deberet, non adversario quando sine justa causa recusat.
44. Molitor, vel furnarius non tenetur molere, vel coquere, filio, seu filiis a patre familias stipulatore degentis, vel degentibus.
45. Verbum familia plures habet significationes, et in rebus, et in personis, et quae sunt significationes istae.
46. Molitor vel furnarius, qui promisit molere, vel coquere patri et duobus ejus filiis, alius non tenetur si postea nascatur.
47. Causa limitata, limitatum producit effectum.
48. Praedia quibus debetur aquaeductus servitus, illis auctis, non augetur modus aquae ducendae.
49. Promittens molere, vel coquere Petro, et omnibus filiis suis sub annua pensione librarum decem exempli gratia, an teneatur pro futuris, licet stipulatus sit indefinite. Caepola negative respondet nos vero affirmative, sed de filiis tantum non de nepotibus.
50. Indefinita aequipollet universali.
51. Filiorum appellatione in ultimis voluntatibus, sed praecipue in contractibus, non veniunt nepotes.
52. In contractibus proprietas verborum attenditur, et n. 56.
53. Posthumus vero appellatione filiorum ex proprietate sermonis.
54. Posthumi appellatione continentur nepotes, si testator dixerit posthumis do Antonium tutorem, etiam nepotibus datus censetur.
55. Nepotes appellatione filiorum venire constat ex pluribus juribus hic adductis.
56. Filiorum appellatione ex proprietate sermonis non veniunt nepotes solum in contractibus, sed neque in ultimis voluntatibus, nisi in aliquibus casibus ex interpretatione.
57. Nepotes in donatione, includi videntur appellatione filiorum.
58. Leg. filii 84. ff. de verbor. signif. et. interpretat. appellatione filiorum venire nepotes, quomodo habeat locum secundum l. axorem, et l. liberorum ut his.
59. Filii seu liberi non sunt separandi a patribus, nec sorores a fratribus, nec a viris conjuges.
60. L. filium habens ff. ad S. C. Macedonian. interpretatus, et extenditur de filio ad nepotem, quia eadem ratio militat.
61. Pater, vivente suo concedendo facultatem filio capiendi mutuam pecuniam: non obligat filium: requiritur enim consensus avi.
62. Molitor vel furnarius promittens alicui molere, vel coquere eiusque filiis suis in perpetuum an teneatur etiam nepotib. ratione illius dictionis in perpetuum, Caepola respondet affirmative, sed tenet negative.
63. Dictio in perpetuum, plures habet significationes, et quae sint, hic enumerantur.

64. Dictio, *perpetuum* accipitur secundum subjectam materiam, et regulariter loquendo refertur ad hominis etiam secus ut n. seq.

65. Appellatione liberorum sedum veniunt filii, sed etiam nepotes; ideo adjuncta illa dictione *in perpetuum*, durabit promissio in infinitum.

66. Molitor vel furnarius, non tenetur molere, vel coquere, patrifamilias etiamsi adesset dictio, *in perpetuum*, *vel in infinitum* aucta familia, data opera, veluti ob supervenientem opulentam haereditatem, vel aliquam dignitatem, augendo famulos, et pedisequos.

67. Mulier dicens se potiorem esse creditori contrahenti cum marito respectu suae dotis non sibi praejudicat quoad alium cui non praestitit consensum.

1 Casus est, Antonius stipulatus est usum alicujus fundi, sibi et familiae suae, tractu temporis etiam longissimo, aucta fuit familia, usque ad medietatem imo duplicatam, an ea aucta, in illa quantitate nihilominus usus debeatur pro singulis eorum; haec quaestio est similis illi de molendinario, vel fur-
2 nario, qui promisit molere, vel coquere Anton. et ejus familiae, si familia ultra modum augeatur, an molitor, vel furnarius teneatur molere, vel coquere etiamsi pro hoc servitio praestando, promissa fuerit per Antonium portio singulis annis, exempli gratia librarum decem; vel formari potest etiam quaestio in testatore, qui legavit usum alicujus fundi Petro, et ejus familiae, si augeatur ultra modum familia an nihilominus haeres teneatur praestare legatum illud usus, vel molere, aut coquere Antonio, et ejus familiae ultra modum auctae.

3 Haec quaestio est valde controversa, sed pulcherrima, ut videri potest apud Jasonem. *in l. quo minus n.* 136. *q.* 22. *ad n.* 145 *ff. de flumin. una cum Caepol. de servit. urban. praed. cap.* 50. *a n.* 4. *ad* 23. ambo ad partes proponendo argumenta, tam pro affirmativa, quam pro negativa parte.

Circa primam quaestionem de usu nulla adest difficultas sive augeatur sive minuatur familia, hoc unum est, usus debetur, et ideo constituimus nostram conclusionem distinguendo, vel testator, vel stipulator in constituendo, vel in stipulando usum, usus est verbis sequentibus lego usum fundi Titiani Antonio una cum ejus familia, et certum est durante familia, et Antonio, usum ei debere, sive augeatur, sive minuatur familia, ut probat *Ant. Perez in commentariis ad codicem de usufructu et habitat. tit.* 33. *in lib.* 3. *c. sub n.* 35 *pariter Zoesius ad libr.* 7. *ff. tit.* 8. *de usu, et habit. n.* 4. Quae conclusio magis confirmabitur ex infra dicendis. Ad probandum autem hoc dictum adducunt textum *in leg.*
4 *peculium* 67. *ff. de legatis* 2. in haec verba. *Peculium legatum augeri, et minui potest, si res peculii postea esse incipiant, aut desinant. Idem in familia erit, sive universam familiam suam sive certam, veluti urbanam, aut rusticam legaverit, et postea servorum officia, vel ministeria mutaverit*. de quo textu aliqua inferius dicemus, sed pro nunc
5 sufficiat ad probandam nostram conclusionem, ea ratione, quia dispositio generalis per nomen collectivum comprehendit etiam augmentum supervenieus de futuro, et ex do-
6 ctrina *Panormitani in cap. quanto n.* 4. *de censibus*, ubi obligatio simpliciter concepta sub nomine collectivo non variatur, licet crescat, aut decrescat numerus comprehensorum sub nomine collectivo text. *in l. si grege* 22. *ff. de legatis primo* in haec verba. *Si grege legata aliqua pecora vivo testatore mortua essent, inque eorum locum alia essent substituta, eumdem gregem videri: et si diminutum ex eo grege pecus esset, vel unus bos superesset, eum vindicari posse, quamvis grex desiisset esse, quemadmodum insula legata, si combusta esset, area posset vindicari.*

Quapropter mortuo patrefamilias dummodo famuli, et alii remaneant in domo ejusdem patris familias, et unitim domue, et usquequo vixerint primi famuli, semper consequantur usum, secus eis mortuis, nisi dixisset pro ejus familia, et ejus haeredibus, quo in casu videnda est quaestio antecedens, et ad ibi dicta me remitto, et ut clarius ex infra dicendis constabit.

7 Quo vero ad eum casum, in quo molitor, vel furnarius, se obligavit molere Antonio, et ejus familiae, seu haeredibus, vel etiam per testatorem fuerit relictum tale legatum, ut haeres teneretur molere, vel furnarius coquere Antonio, et ejus familiae in utroque casu, vel gratis, vel sub aliqua annua pensione; et in perpetuum, si familia facta est magna ultra modum, quaeritur an teneatur molitor molere, vel furnarius coquere. Duae sunt opiniones una affirmativa altera negativa. Pro affirmativa adducuntur infrascripta fundamenta.
8 Primum est imputandum esse promissori, si non cogitavit, quod familia posset augeri, et crescere, cum ex natura sua possit augeri, et minui, *l. inter stipulantem* §. *sacra ff. de verborum obligationibus*, *et ibi notat. gloss. Boerius decis.* 213. *n.* 12. eo quod familia, populus, collegium, et similia recipiunt diminutionem, et augmentum, ideo promissor cogitare debuerat, quod contingere poterat. *l. si quis domum, ff. locati.*

Secundum alio exemplo probatur, quod si concessum est 9
hominibus alicujus castri, vel civitatis, ut possint recipere, vel scindere ligna in nemore domini, et ita locus ille augeatur multis habitatoribus, nihilominus poterunt capere ligna, *l. forma* §. *quamquam ff. de censibus l.* 1. §. *permittitur*, *ff. de aqua quotidian. et aestiva*, quia (ait Boerius) dominus poterat cogitare, quod locus ille cresceret habitatoribus, *l. cum unus* §. *fin. ff. de alimentis, et cibariis legatis*, et *l. si servitus imposita ff. de servitut. urban. praedio.*

Tertium ex *l. si servitus*, *ff. de servit. urban. praed.* ubi, 10
haec propositio, ne luminibus officiatur, non tantum respicit praesentia, et praeterita, sed etiam futura, et est ad literam.

Quartum contrariorum eadem est disciplina, *l.* 1. *ff. de* 11
iis qui sunt sui, vel alieni juris. Sicuti ergo ad promissorem
spectat diminutio, debet etiam spectare augumentum ex re- 12
gula qui sentit commodum sentire debet et incommodum *l. secundum naturam; ff. de regulis juris.*

Ultimum ex *Alberico in autentica hoc jus porrectum c.* 13
de sacrosanctis ecclesiis sub n. 14. *versic. unam aliam quaestionem subjicio*, quod si pater familias cum abbate, et conventu cujusdam monasterii pactus sit cum eo, quod ejus molendinum sibi, et familiae suae pro certa pensione perpetuo molere deberet, nec in hoc fuit laesum monasterium; vel deceptum. Progressu temporis decessit pluribus relictis filiis, quorum quilibet familiam habebat ita magnam, sicuti habebat pater familias tempore celebrati contractus, quilibet ipsorum volebat molere ad molendinum sicut faciebat pater eorum, quaeritur utrum possint. Primo dixit, si non appareat aliud actum, quod monasterium non tenetur haeredibus molere in majori quantitate quam tenebatur defuncto propter infinitatem, quae sequi posset, vitandam, quia non est verosimile, quod monasterium ad talem infinitatem se obligare voluerit, sed postea in fine habet haec verba. Sed salva pace eorum contrarium puto verum de stricto jure per jura per eos adducta pro ista parte, ergo etiamsi in infinitum augeatur familia, nihilominus videtur teneri promissor ad molendum, et furnarius ad coquendum; haec sunt principaliora fundamenta pro parte affirmativa.

Modo sequuntur fundamenta pro parte negativa, et in pri- 14
mis quod non teneatur molitor vel furnarius coquere vel molere familiae auctae nisi etiam augeatur pensio per textum in *l. non modus cum his quae ibi notantur per gloss. Cinum, et DD. c. de servitutibus, et aqua.*

Secundo per textum *in l. si ita ff. de auro, et argento* 15
legato, ubi legatum simpliciter, et indefinite prolatum, ad tempus testamenti refertur in haec verba. *Si ita legatum esset vestem meam, argentum meum damnas esto dare: id legatum videtur, quod testamenti tempore fuisset, quia praesens tempus semper intelligitur, si aliud comprehensum non sit. Nam cum dicit vestem meam, argentum meum: hac demonstratione, meum praesens non futurum tempus ostendit, idem est et si quis ita legaverit servos meos.* Et concordat textus cum *l. si cum meus proprius, cum ibi notatis ff. si servitus vindicetur* in haec verba. *Si cum meus proprius paries esset, passus sim te immittere tigna, quae antea habueras, si nova velis immittere prohibere me potes, imo etiam agere tecum potero, ut ea, quae nova immiseris tollas.* Et per clementinam *cap. literas* 5. *de rescriptis cum ibi notatis.*

Tertio quia verba contractus in dubio intelliguntur re- 16
bus sic stantibus *l. quod Servius. ff. de conditione ob causam*, seu licet sint verba generalia, nihilominus referuntur ad ea, quae erant tempore contractus, non autem ad id quod postea accrevit per textum *in l. Rutilia polla* 69. *ff. de contrahenda emptione* in haec verba. *Rutilia polla emit lacum sabataneum angularium, et circa eum lacum pedes decem, quaero numquid decem pedes, qui nunc accesserunt
sub aqua sint, quia lacus crevit: an proximi decem pedes* 17
ab aqua, Rutiliae pollae juris sint? Proculus respondit; ego existimo eatenus lacum: quem emit Rutilia polla, venisse, quatenus tunc fuit et circa eum decem pedes qui tunc fuerunt: nec ob eam rem quod lacus postea crevit, latius eum possidere debere, quam emit.

Et fortius stringit textus *in l. fundi 77. ff. eodem titulo.*
18 cujus haec sunt verba. *In lege fundi venditi. lapidicinae in
eo fundo ubicumque essent, exceptae erant, post multum
temporis in eo fundo repertae erant lapidicinae eas quoque
venditoris esse Tubero respondit: Labeo, referre quid
actum sit. Si non appareat, non videri eas lapidicinas esse
exceptas. Neminem enim nec vendere nec excipere, quod non
sit, et lapidicinas nullas esse, nisi quae apparent, et caedun-
tur, aliter interpretantibus, totum fundum lapidicinarum
fore si forte in toto eo sub terra esset lapis et hoc probo.*
Quarto ex *c. quanto 16. de censibus deducitur urgens*
argumentum in haec verba. *Accepimus, quod ab ipso do-
mus vestrae primordio, de fundatoris voluntate processit,*
19 *ut fratribus Sancti Irennei procurationem unam, annis
singulis liberaliter exhiberet: cum nihil teneatis ab eis
propter quod hujusmodi procuratio ipsis debeat exhiberi
verum tunc propter fratrum, et servientium parvitatem,
talis procuratio non gravabat: sed nunc in tantum excre-
vit numerus eorumdem, quod ad procurationem vix qua-
tuor marchae argenti sufficerent, quae pro una fieri con-
suevit et infra. Indulgemus igitur, ne ultra primam men-
suram in procuratione fit is ulterius praedictis fratribus
obligati, sed expensis, quae consueverunt sufficere, sint
contenti: nisi facultates ecclesiae in tantum excreverint,
quod sine gravamine, ampliato fratrum numero, ad sol-
vendum debitum procurationis extendi possit quantitas ex-
pensarum.*
20 Supra quem textum scripsit *Augustinus Barbosa can. 7.*
in haec verba. Auctoritate hujus textus dicebat *Pilaes.
quaest.* 48. quod si pistor vel furnarius, aut similes conve-
niant pro parva pensione coquere panes pro tota familia,
quae postea nimium crevit, non tenetur, nisi pro modo fa-
miliae, quae extabat tempore conventionis, idemque in mo-
lendinario, vel barbitonsore, et similibus, cum quibus simi-
les conventiones fieri frequens est, eadem ratione resolvunt
omnes, qui Paulum sequuntur late prosequitur. *Jason in l.
quominus, ff. de fluminibus a n. 135. Albertus Brunus de
augmento conclus. 10. Tiraquellus de retract. lig. §. 34.
gloss. 1. n. Padilla in l. non modus c. de servitutibus te-
saurus decis. 226. Gaspar Rodriquez de annu. reddit. lib.
2. quaest. 15. n. 95. Cardinal. Tusc. tom. 3. lit. E. concl.*
696. *Valasc. consil. 58. a n. 4. Bobadill. in suae politica
lib. 3. cap. 4. n. 28. Merl. in empor. jur part. 1. tit. 2. q.
9. n. 2. in fine,* Hincque notare solent doctores argum. text.
in l. uxorem, 39. §. testamento il 1. ff. de legat. 3. quod
ubi ad successionem, majoratus vocatus filius major primo-
21 genitus, vel proximior, de eo debet intelligi, qui tempore te-
stamenti primogenitus major, aut proximior erat, non vero
de illo, qui tempore mortis, vel delatae successionis, major,
aut proximior reperitur, et saepe repetit *Menoch cons. 97.
n. 70. et n. 72. et cons. 106. n. 61. cum multis sequentibus,*
22 plenius multis adductis *Valasq. de Avendano ad l. 40. Tauri.
Glos.* 28. *n.* 29. Hinc denique si alicui concedatur, ut in ne-
more ligna caedat pro se, et familia sua, et multis liberis re-
lictis decedat, non possunt singuli pro familiis suis ligna cae-
dere, sed omnes illud tantum, quod pater poterat. ita resol-
vunt. *Lyn. et Alberic. et alii per textum in l. cui fundus in
fin. ff. de condict. et demonstrat. Jason. in d. l. quominus
n. 142. ff. de fluminib.*
23 Notatur etiam hic textus ad hoc, quod in probatione lae-
sionis non debet considerari tempus contractus, in actibus
successivis respicientibus etiam futura tempora, *ut per Ma-
scard. de probation. concl.* 960. *n.* 8. qui hunc textum dicit
notabilem; haec August. Barbos. ad *dictum c. quanto* hanc
eamdem sententiam confirmat *Emanuel Gonzales in d. c.*
24 *quanto ubi* in primis firmat hanc propositionem, auctis fru-
ctibus locati praedii centum debentis, non augeri pensionem
ipsius, ubi plures allegat textus, et doctores, et paulo infe-
rius testatur, quod ille, qui onus imposuit, potuit legem
apertius dicere, et non dixit, sibi est imputandum, *l. quic-
quid adstringendae, 99. ff. de verbo. obligat.* ita a paritate,
qui stipulatus est sibi, et suae familiae molere, vel coquere,
debuerat clare, et aperte loqui etiamsi familia augeretur in
25 magna quantitate, vel etiam verosimilius contrahentes con-
sensisse in id, quod praesens erat, quam, quod futurum, et
incertum erat per *d. l. si ita, 7. ff. de auro et argent. legat,
ut supra in secundo fundamento,* hanc eamdem sententiam
negativam sequitur *Amaya in leg. unica c. de collat. donat.
sub* n. 34. ubi praecipue loquitur de illo abbate, qui tenebatur
solvere procurationem pro fratribus, qui licet excreverint, non
propterea cogi poterat augere procurationem. Haec et similia
fundamenta possunt videri apud *Jasonem loco citato, et
Caepolam pariter loco citato cap. 50. de servitutibus ur-
bano praedio. et Jason. sub n.* 144. dixit hanc sententiam
negativam sustineri debere in judicando; licet affirmativa
in puncto juris sit verior. Quod mihi numquam placuit tale
dictum, videlicet affirmativam in puncto juris esse veram,
et adducam mea fundamenta ita sentiendum, quae si tibi pla-
cuerint humanissime lector da gloriam Deo, si vero tibi dis-
plicent. argue me pro mea temeritate, et tene eam senten-
tiam, quae melius tibi placuerit.
Ad probandum affirmativam sententiam in puncto juris
posse sustineri, adducunt fundamentum deductum ex *l. pe-
culium ff. de legatis secundo* ex quo cavetur nomen collecti-
vum, seu universale posse augeri, et minui, et in specie lo-
quitur etiam de familia, quae etiam augetur, et minuitur,
et per consequens, sicuti promissor sentit commodum respe-
ctu diminutionis, ita etiam debet pati incommodum respe-
ctu augmenti, hoc inquam quod nomen universale, seu col-
lectivum possit augeri, et minui absolute negare non possu-
mus. Verumtamen distinguendo tempora concordantur scri-
pturae. Augmentum, et diminutio sunt quidem naturalia 26
nomini collectivo, seu universali, sed haec naturalitas non
debet nocere eidem promissori, qui se obligavit molere, vel
coquere Antonio, et ejus familiae, quia haec obligatio tam-
quam quid extrinsecum non induit naturam naturalitatis no-
minis collectivi, vel universalis, sed debet regulari de jure
promissio secundum juris regulas, nempe quando promissor
non se obligavit expresse familiam Antonii, seu ejus filiis in
infinitum, non debet extendi haec promissio, cum simus in
dubio, habemus regulam generalem *in l. semper 35. ff. de* 27
regulis juris; semper promissionem ad minimam summam
esse reducendam in illis verbis *ad id, quod minimum est
redigendu summa est.* Et per textum *l. quicquid adstrin-
gendae obligationis causa 19. ff. de verborum obligationib.*
dicendo. *Quicquid adstringendae obligationis causa dictum
est, id nisi palam verbis exprimatur omissum esse intelli-
gendum est: aut certe secundum promissorem interpreta-
mur: quia stipulatori liberum fuit verba late concipere;* et
quod in hac quaestione simus in dubiis de hoc non est hae-
sitandum, ideo cum regula et promissore, quare dicere non
debemus, sententiam negativam de jure esse veriorem? prae-
cipue quia obligatio semper regulatur tempore contractus, et
in actibus successivis secundum tempus laesionis, *et notat
Amaja in c. sup. citat.* ubi diffuse de hac materia discurrit; 28
nec obstat, quod sicuti promissor gaudet beneficio diminu-
tionis, ita debet sentire incommodum augmenti. Nam res- 29
pondetur diminutionem a natura provenire quia in hoc mun-
do nihil est perpetuum, sed natura sua tendit ad interitum,
et ad tollendam consequentiam sufficit dare instantiam. Re-
spectu vero augmenti, si stipulator voluisset promissionem 30
extendi in infinitum, si familia augeretur in infinitum, illud
debuerat exprimere, quod non expressit, ergo ei imputan-
dum, maxime attenta ratione, quam adducit Jason loco cita-
to in *l. quominus ff. de fluminibus a.* 144. nempe, quia ser-
mo generaliter prolatus numquam trahitur ad futura quan- 31
do per hoc resultaret magnum praejudicium, ut apud eum
videri potest ex doctrina *Barto. et aliorum.* Ad cujus com-
probationem adduco textum a nemine citatum in hac quae-
stione, non includi infinitatem in tali promissione argumen-
to a paritate rationis deducto *ex l. 2. §. illud etiam verum
puto ff. de aqua pluvia arcenda.* Ubi, licet quis jure servi-
tutis teneatur recipere aquas fundi superioris, non tamen 32
tenetur recipere immoderatas: haec sunt verba textus. *Illud
etiam verum puto, quod Ofilius scribit, si fundus tuus vi-
cino serviat, et propterea aquam recipiat, cessare aquae
pluviae arcendae: si tamen non ultra modum noceat.* Legi-
tur in pandectis florentinis, *sic tamen, si non ultra modum
noceat.* Ecce licet habeat servitutem, seu teneatur jure ser-
vitutis aquas vicini fundi recipere, tamen non tenetur reci-
pere immoderatas. esto sit sermo indefinitus, et universalis.
Et tamen promissor, seu dominus serviens poterat praevidere
aliquando immoderatas aquas potuisse recipere, nihilominus
Paulus in d. §. noluit, dominum servientem non teneri re-
cipere aquas immoderatas. Quem textum mirabilem praedicat
Paulus de Castro ibidem. Ad quem me remitto, ea ratione, 33
quia quaedam excipiuntur tacite in sermone, licet non expri-
mantur. *Textus est ad literam in l. si cui 9. ff. de servitut.*
in haec verba. *Si cui simplicius usu, via per fundum cujuspiam
concedatur, vel relinquatur, in infinito videlicet, per quam-*

libet ejus partem ire, agere licebit: civili tamen modo nam
34 *quaedam tacite in sermone excipiuntur. Non enim per vil*
lam ipsam nec per medias vineas ire agere ipse sinendus
est: cum id aeque commode per alteram partem facere pos-
sit, et minore servientis fundi detrimento. Verum consti-
tit, ut qua primum viam direxisset, ea demum ire agere
deberet: nec amplius mutandae ejus potestatem haberet,
sicuti et Sabino quoque videbatur, qui argumento rivi ute-
batur: quem primo qualibet ducere licuisset, postea quam
ductus esset, transferre non licet ei, quod et in via servan-
dum esse, verum est. Quid ergo clarius adduci potest ad de-
monstrandam sententiam negativam esse de jure veriorem,
nam si in infinitum licebat stipulatori servitutis in ea parte
fundi, quia voluisset constituere servitutem ratione sermonis
infiniti, tamen promissio, seu concessio civili modo regulan-
da est, ut non sit in facultate ipsius stipulatoris constituendi
servitutem per medias vineas, sed in ea parte minus damno-
sa servienti, et facta electione non potest amplius mutare vo-
luntatem, constituendi servitutem in alio loco.
35 *Hinc* non negamus quandoque familiam posse augeri, at-
tamen admittimus augmentum, quatenus fuerit moderatum,
juxta dispositionem dicti ꝸ. *illud etiam verum puto*, et dictae
l. si cui; ita ut possit permitti augmentum moderatum quod
non sapit infinitatem; alias secus; si ergo id de jure proce-
dit in servitutibus, quare idem non venit dicendum in hac
nostra quaestione?
36 Quare mihi placet decisio *Antonii thesauri dec.* 226. ju-
37 dicem in hoc casu habere facultatem moderandi stipulatio-
nes, et eas quae iniquitates continent, ad aequitatem redu-
cere, per textum *in l. cum quidam 17. ff. de usuris*, in
haec verba. *Cum quidam cavisset se quotannis, quincun-*
ces usuras praestaturum, et si quo anno non servisset,
tunc totius pecuniae ex die, qua mutuatus esset, semisses
soluturum, et redditis per aliquos annos usuris, mox sti-
pulatio commissa esset. Divus Marcus Fortunato ita rescri-
psit. Praesidem Provinciae, qui stipulationem de cujus ini-
quitate quaestus es, ad modum justae exactionis rediget.
Igitur quoties familia ita crevisset, non esset denegata facul-
tas promissori faciendi recursum ad judicem pro moderatio-
ne talis stipulationis eam reducendo ad numerum, de tempo-
re contractae stipulationis; *ita thesaur.* cujus decisio est in
casu magis dubitabili, in ea fuit enim dictum, conductorem,
38 qui in perpetuum quamdam possessionem pro florenis centum
annuis, conduxerat solvendis de moneta currenti tempore
solutionis, cum contigerit aureum crevisse propter deterio-
rationem monetae in longe majori aestimatione, quam erat
illo tempore contractus, nam aureus, qui tempore contractus
valebat Grossos 21. creverat ad Grossos 110. dictum et con-
clusum fuit, non fuisse obligatum solvere totum id, quod
per augumentum monetae solvere promiserat, sed reducen-
dam rem esse ad aequitatem, itaut, pro Florenis centum,
solveretur Floreni quinque centum de illa moneta deteriorata
cum alias solvendi essent novem centum, ita fuit resolutum.
Immo ipse refert aliquos de tribunali contradixisse, affir-
mando standum esse pacto in contractu inserto, nec ab eo
ullo pacto recedendum esse, eo praecipue fundamento, quia
per spatium longi temporis ita factam fuisse solutionem, nem-
pe de moneta currenti tempore solutionis itaut videretur lo-
catorem, in tuto fuisse respectu praescriptionis adducendo te-
xtum *in c. cum olim. 2. de censib.*
39 Ad quod fuit responsum ab eodem tribunali, non esse te-
xtum redarguendum iniquitatis praescriptionis, ut cum damno
alterius locator locupletaretur, et ut inquit comicus, summum
jus, summa injuria, et sub nimia juris subtilitate perniciose
nonnunquam erratur per textum *in l. si servum, 91. ꝸ. se-*
quitur, ff. de verba obligat. haec sunt verba. *Sequitur de*
eo videre, quod veteres constituerunt. Quoties culpa inter-
40 *venit debitoris, perpetuari obligationem: quemadmodum*
in telligendum sit. Et quidem si fecerit promissor, quo mi-
nus solvere possit, expeditum intellectum habet constitu-
tio. Si vero moratus sit tantum, hic haesitatur, an si postea
in mora non fuerit, extinguatur superior mora. Et Celsus
adolescens scribit, eum qui moram fecerit in solvendo Sti-
cho, quem promiserat, posse emendare eam moram, postea
41 *offerendo, esse enim hanc quaestionem de bono, et aequo:*
quo in genere plerumq; sub auctoritate juris scientiae per-
niciose (inquit) erratur. Et sane probabilis haec senten-
tia est: quam quidem et Julianus sequitur. Nam cum quae-
ritur de damno, et par utriusque causa sit, quare non po-
tior sit, qui retinet, quam, qui persequitur. In hoc ꝸ. agitur
de illa regula, culpam perpetuare obligationem, In hoc ꝸ.
jureconsultus hoc regulae rudimento more veterum consti-
tuit regulam culpam debitoris perpetuare obligationem, quae-
rit modo an hoc semper sit observandum, et a regula nun-
quam recedendum. Respondit autem, si debitor fecerit quo-
minus adimpleret obligationem, vel quia occidit servum, vel
quia illum manumisit, tunc perpetuare obligationem ipsius
debitoris ratione culpae. Si autem tantum fuisset in mora,
offerendo purgasset moram ut, si postea servus periret sine
culpa debitoris, liberatus esset debitor, et in hoc casu rece-
dendum esse a regula seu constitutione, quae generalis est sine
aliqua exceptione, et ita Hugonus Donellus ad hunc. ꝸ. *recte*
explicat sub. n. 2. versic. respondebat Celsus, in haec verba.
Respondebat Celsus, quo responso, et Paulus nunc uti-
tur, verbis quidem regulam generaliter scriptam esse; sed
nihilominus ita temperandam, ut diximus, esse enim hanc
quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque
sub auctoritate juris scientiae perniciose, inquit, erratur.
Quorum verborum haec est sententia: idcirco probandum
esse, moram purgari postea offerendo: quia sit aequum bo-
num, ita statui: ideo enim et quaestio ipsa de mora pur-
ganda est de bono et aequo; nec moveri nos oportere verbis
regulae quamvis pro jure certo recepta sit: quoniam sub
auctoritate juris scientiae id est dum verba juris scripti
propter ejus auctoritatem perfecte retinere volumus, ple-
rumque perniciose erratur: sic enim fit saepe, ut statua-
mus adversus aequum et bonum, ut in hac quaestione. In quo
manifestus et perniciosus error est. Isto enim modo, dum
videri volumus jus retinere, jus ipsum amittimus: non sine
pernicie eorum, quibus detrahitur: cum juris civilis fi-
nis sit aequitas, atque adeo ipsum jus civile nihil sit,
nisi aequitas, ut definitur a Cicerone in topicis Unde et 42
ab Ulpiano jus, id est, juris prudentia definitur ars ae-
qui et boni in l. prima supras. de just., et jure. Quapro-
pter id servabimus in hac quaestione, quod traditum est in
l. placuit c. de judiciis. Ut quemadmodum, in aliis rebus
omnibus, sic in hoc quoque praecipua sit justitiae aequi-
tatisque quam stricti juris ratio. Esse autem aequum pro-
missorem, qui aliquando moram fecerit. postea offerendo
liberari, probant veteres duabus rationibus. Una est Mar-
celli relata in l. qui decem infra de solutionibus, non esse
aequum teneri debitorem pecunia aut re debita amissa, qui
non teneretur, si creditor oblatam accipere voluisset: scili- 43
cet creditori factum suum nocere debet, non adversario,
ut est regula juris factum ff. de regulis juris. Altera est
Pauli reddita hoc loco, estque hujusmodi: et si verum est
debitorem, cum interpellatus non solvit semel moram fe-
cisse tamen etiam illud verum esse et creditorem nunc mo-
ram facere, cum rem debitam oblatam sine justa causa re-
cipere recusat, dicta l. qui decem de solutionibus ita fit,
ut hactenus saltem in mora pars sit utriusque et creditoris,
et debitoris causa. Cui consequens est ut in hac causa po-
tior esse debeat causa possessoris et debitoris, quod regu-
la juris efficitur l. in pari l. favorabiliores infra de regulis
juris. Haec ille doctor Hugo Donellus. haec volui adducere
ad demonstrandam efficaciam et veritatem nostrae sententiae
applicando activa passivis; nam regula illa, culpa perpetuat
obligationem, licet sit generalis et videatur includere culpam
ex mora provenientem, attamen quando sumus in mora, cul-
pa subsequente oblatione, illa mora purgatur non obstante
tali regula, ut supra dictum est, ne ratione stricti juris per-
niciose erretur, et finis juris civilis, qui est aequitas, dissi-
petur, et debitor damnificetur contra juris regulas, et ita
licet sit sermo generalis familiae, nihilominus ad regulas ju-
ris dispositio generalis venit regulanda, et melius diligenter
ponderanti supradictam doctrinam constabit.
Ampliatur nostra conclusio, ut multo magis procedat si 44
filiusfamilias separetur ab habitatione patrisfamilias, vel pars
aliqua separetur ab habitatione patrisfamilias, quia tunc gau-
debit beneficio patrisfamil. et ejus familiae competenti, licet
qui separantur, sint de eadem familia, itaut si plures sint filii et a
patre separentur. ipsi nec consequi poterunt illud beneficium
molendi, seu coquendi panem prout stipulator. Enim vero hoc 45
verbum, *familiae* plures habet significationes, probat textus
in l. pronuntiatio, 195. ꝸ. familiae, ff. de verbor. signifi-
cat. et in rebus, et in personis, in rebus sit textus. *In res,*
ut puta in lege duodecim tabularum. in his verbis, agnatus
proximus familiam habeto, idest substantiam, vel haeredi-
tatem, *explicat Glos. ibidem, in verbo. familiam; ad perso-*
nas autem refertur familiae significatio ita, cum de patro-

no, et liberto loquitur lex *familiae: ex ea familia*, inquit,
*in eam familiam, et hic de simplicibus personis legem lo-
qui constat*. Sed ad nostrum casum quadrat id, quod sequi-
tur, in ꝧ. *familiae*, immediate sequenti in *dicta l.* 195.
dicendo *familiae appellatio refertur ad corporis cujusdam
significationem, quod aut sive proprio ipsorum, aut com-
munis universae cognationis continetur. Jure enim proprio
familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius po-
testate, aut natura, aut jure subjectae, ut puta patrem fa-
mil. matrem famil. filium famil. filiam famil.* et deinceps,
prout hic accipitur in nostro casu. quod confirmatur *ex l.
tria onera* 3. *ff. de excusatione tutorum* in illis verbis. *Ut
non numerus pupillorum plures tutelas faciat, sed patri-
moniorum separatio, et ideo qui tribus fratribus tutor da-
tus est, qui indivisum patrimonium habent, vel quibusdam
curator unam tutelam suscepisse creditur*; et in *l. diximus*
4. ꝧ. *pater* in illis verbis. *Tunc autem haec ita se habent,
cum onus uni domui, non separatis contingit*. Et sic est ar-
gumentum evidens, quod facta separatione habitationis cum
divisione patrimonii dicetur alia habitatio ad familiam; hinc
cum in casu nostro agatur de molendo, et coquendo panem ha-
bitantibus in eadem domo, et sub gubernationem ejusdem pa-
tris familias ideo ad personas, et habitationem separatam *cum di-
visione patrimonii* non refertur. Ita eleganter *Boerius decis.*
213. *sub n.* 13. *et Coepol. de servitut. urban. praedior. capit.*
50. *sub n.* 21. *versic. et hoc intellige* 4. alias licet pater es-
set ruri. et filii in civitate, tamen quia ab eodem patre fa-
milias aluntur, et sub ejus regimine degunt, dicuntur in
eadem familia.
46 Ampliatur secundo tanto magis procedere quando promis-
sio esset facta patri-famil. cum duobus filiis suis, nam eo in
casu non egreditur illa promissio personas nominatas in con-
47 ventione, ea ratione quia limitata causa limitatum producit
effectum. *l. in agris*, 16. *ff de acquirend. rerum domin.* ibi
in agris limitatis jus alluvionis locum non habere constat.
et paulo inferius, ait, *agrum autem manucaptum limita-
tum esse, ut sciretur, quid cuique datum esset, quid-
48 que venisset, et quid in publico relictum esset*, ad rem facit
quoque *l. non modus*, 12. *c. de servitat. et aqua ibi non
modus praediorum, sed servitus aquae ducendae terminum
facit*. ibi postea explicat *Paul. de Castr. dicendo*, licet prae-
dia quibus debetur servitus aquae fuerint aucta: non tamen
augetur modus aquae ducendae a principio limitatus.
49 Quid modo esset dicendum, si dictum fuisset in conventio
ne, promittis mihi, et omnibus filiis meis molere, aut coque-
re nullo alio addito verbo, sed tantum indefinite, sibi et filiis
suis stipulatus molere, vel coquere sub pensione librarum de-
cem singulo anno *Caepola dicto cap.* 50. *de servitutib ur-
banorum praedior. sub n.* 22. *versic. quarto casu* hanc
promissionem indefinite conceptam mihi, et filiis meis cre-
dit tacite censeri de filiis qui reperiuntur tempore contra-
ctus, non vero de futuris, quia in dubio censentur exclusi
ratione propriae significationis verborum; ad quod proban-
dum adducit textum *in l. servitus* sed non incipit servitus,
sed ei servitus quae non probat intentum, verba enim dictae
legis 22. haec sunt, *si servitus imposita fuerit lumina, quae
nunc sunt ut ita sint, de futuris luminibus nihil caveri vi-
detur. Quod si ita sit cautum, ne luminibus officiatur. quia
ambigua est scriptura usum ne iis luminibus officiatur, quae
nunc sunt, an etiam iis, quae postea quoque fuerint, huma-
nius est, verbo generali omne lumen significari, sive quod
in praesenti, sive quod post tempus conventionis contigerit*.
Et sic textus iste ab eo citatus est ei contrarius, praecipue
quia utitur iisdem verbis scilicet ibi *humanius*.
50 Quare aliter ego dico, et magis clare formo conclusionem,
nempe si in stipulatione fuerit dictum per stipulatorem, pro-
mittis mihi, et filiis meis molere vel coquere indefinite sub
pensione librarum decem singulo anno in hac conventione
includi non solum filios tempore conventionis existentis sed
etiam futuros, loquendo tamen de filiis cum appareat tam
praesentes, quam futuros ejusdem stipulatoris esse filios suos
eo, quod indefinita aequipolleat universali. Veruntamen
haec conventio non extenditur ad nepotes, quia appellatione
51 filiorum nedum in ultimis voluntatibus regulariter loquendo.
sed etiam praecipue in contractibus in quibus nullo pacto
appellatione filiorum veniunt nepotes, quia in contractibus
52 attenditur proprietas verborum, et ab ea nullo modo re-
cedendum est ex regula *l. veteribus* 40. *ff. de pactis, et ibi
Bart. et ex vulgata l. quicquid adstringendae* 99. *ff. de
verbor. obligat.* eo quod interpretatio fiat semper contra eum,
pro quo verba prolata sunt. Nam quod appellatione filiorum
non veniant nepotes probat textus extra dentes *in l. quod
si nepotes* 6. *ff. de testamentaria tutela*, cum *l. antecedenti,
si quis*, ꝧ *eodem tit.* quae probat etiam nostram conclusio-
nem, et haec sunt ejus verba. *Si quis filiabus suis, vel filiis
tutores dederit etiam posthumae videtur dedisse: quia filiae* 53
appellatione etiam posthuma continetur. Verba autem *l.
quod si* haec sunt *quod si nepotes sint; an appellatione fi-
liorum, et ipsis tutores dati sint, videndum est. Et magis
est, ut ipsis quoque dati videantur; si modo liberos dixit.
Caeterum, si filios; non continebuntur. Aliter enim filii,
aliter nepotes appellantur*. Idem comprobat Justinian. *in* ꝧ.
fin. instit. tit. qui testamento tutores dari possunt. in haec
verba. *Si quis filiabus suis, vel filiis tutores dederit, etiam
posthumae, vel posthumo dedisse videtur: quia filii, vel fi-
liae appellatione posthumus, vel posthuma continetur; quod
si nepotes sint an appellatione filiorum, et ipsi tutores dati
sint? Dicendum est, ut ipsis quoque dati videantur. si modo
liberos dixit. Caeterum si filios, non continebuntur aliter;
enim filii, aliter nepotes appellantur. Plane si posthumos* 54
*dederit. tam filii posthumi quam caeteri liberi continebun-
tur. et l.* 6. *ff. de testam. tutel.*
Contra tamen hanc propositionem appellatione filiorum
non venire nepotes obstant plures textus ex diametro con-
traria nostrae propositioni.
Et in primis obstat textus *in l. filii* 84. in haec verba *ubi* 55
*filii appellatione omnes liberos intelligimus ff. de verbor.
significat.*
Secundo obstat textus *in l. uxorem* 39. ꝧ. *concubinae ff.
de legatis* 3. in haec verba. *Concubinae inter caetera iis
verbis legaverat, fundum in Appia cum villico suo, et con-
tubernali ejus, et filiis dari volo, quaesitum est an nepotes
quoque villici, et contubernalis ejus testator ad concubi-
nam pertinere voluerit? Respondi, nihil proponi cur non
deberentur.*
Tertio obstat textus *in l. liberorum* 220. ꝧ. *sed Papyrius
eodem tit. de verbor. signific.* in haec verba. *Praedio cum
vilico et contubernali ejus, et filiis legato, nepotes quoque
ex filiis contineri: nisi voluntas testatoris aliter se habeat:
filii enim appellatione saepe, et nepotes accipi multifariam
placere.*
Quarto obstat textus *in l. juxtae* 201. *ff. eodem tit.* in
haec verba. *Justa interpretatione recipiendum est, ut ap-
pellatione filii sicuti filium familias contineri saepe respon-
dimus ita et nepos videntur comprehendi: et patris nomine
avus demonstrari intelligatur.*
Quinto obstat textus *in l. filium haben* 16. *ff. ad senatus-
consult. Macedonianum* in haec verba. *Filium haben, et
ex eo nepotem: nepoti meo creditum est jussu patris ejus;
quaesitum est, an contra senatus-consultum fieret? Dixi
etiam si verbis senatus-consulti filii continerentur, tamen,
et in persona nepotis idem servari debere. Jussum autem
ejus patris non efficere, quominus contra senatus-consultum
creditum existimaretur: cum ipse in ea causa esset, ut pe-
cuniam mutuam invito patre suo accipere non posset*; et
hanc sententiam quam plures DD. et interpretes sequun-
tur quos longa serie refert *Augustinus Barbosa de appel-
latione verborum. Appellatione* 99. *n.* 82. *et sequentibus*;
ita ut ab utraque parte videatur adesse magnam contrarie-
tatem tam pro affirmativa, quam pro negativa sententia,
quibus tamen non obstantibus vera est nostra conclusio.
Ex proprietate sermonis, seu verborum appellatione filio- 56
rum non includi nepotes ex *d. l. quod si nepotes ff. de te-
stamentaria tutela, et d.* ꝧ. *fin. instit. tit qui testamento
tutores dari possunt*, et si in ultimis voluntatibus quando-
que appellatione filiorum includantur nepotes, hoc provenit
ex interpretatione, et ex conjecturata mente testatoris, de
qua diffuse loquitur *Fusarius de substitutionibus* 320. ubi
ponit viginti octo conjecturas ad praesumendum nepotes ex
conjecturata mente testatoris includi appellatione filiorum,
ut quaestione 321. ponit alias conjecturas, *nempe viginti*,
et decem ad excludendos nepotes a denominatione filiorum,
quem unusquisque poterit videre. Caeterum appellatione
filiorum in contractibus non venire nepotes sine controversia
admittitur, ut diffuse probat *idem Fusarius quaestione* 441.
sub n. 61, *in vers. neque etiam obstat* copiose *Augustinus
Barbosa de appellatione verbor. appellatione* 99. *n.* 83. *et*
84. 86. *Cardinalis Mantica de tacitis, et ambiguis lib.* 14.
tit. 29. *n.* 13. et praecipue quando dubietas oritur ex verbis
promissoris, quod secus est ex verbis stipulatoris, et ut latius

ibi n. 16. *et* 17. Et idem *Cardin. lib.* 20. *tit.* 12. *n.* 1. *et*
2. de emphyteusi concessa pro se, et filiis Licet aliud sentiat
57 in donatione inter vivos gratuita, quo in casu tenet proba-
biliter appellatione filiorum includi nepotes *lib.* 13. *de to-*
eits. et ombiguis tit. 21. *n.* 13.

Propterea non obstant textus in contrarium adducti, nam
procedit ex interpretatione, vel melius in casu speciali, de
58 quo loquitur *Gloss. in d. l. filii* 58. *pariter in verbo filii*
in vers. vel dic. 3. in haec verba. *Vel dic. tertio loqui in*
quodam alio speciali casu: ut et omnes omnino comprehen-
darent lego tibi praedium cum villico, et contubernalibus
ejus, et filiis ejus. Nam tunc nepotes ex filio legati videntur:
quia appellatione filii nepotes continentur, ut probat *l. li-*
berorum 220. *§. sed Papirius ff. de verbor. signific.* quae
ex adverso deducta est in tertia objectione, et in secunda per
l. uxorem § concubinae, ut supra quia est idem casus *cum*
d. §. Papirius, quibus in casibus ideo appellatione filiorum
veniunt nepotes, quia verba sunt nimis generalia, prout est
verbum contubernalibus, appellatione quorum si veniunt
servi, tanto magis veniunt nepotes, quia dicuntur in eodem
contubernio hospitari, et degere, ut notat Nizolius in hoc
verbo. Cum ergo sint nepotes in eadem domo, et veniant ap-
pellatione contubernalium, ideo appellatione filiorum ve-
niunt etiam nepotes, et sequitur postea *Gloss.* reddendo ra-
tionem, quia non debent nepotes separari a patribus *l. posses-*
59 *sionum* 11. *ff. communia utriusque* in illis verbis. *Quis e-*
nim ferat liberos a parentibus, a fratribus sorores, a viris
conjuges, segregari? Alias (dicit *Gloss.*) regulariter contra,
ut *instituta qui tutores testamento dari possunt*, et sic pa-
tet responsio ad primum, secundum, et tertium argumen-
tum.

Ad quartum respondetur de se importare responsionem,
scilicet ex juxta interpretatione prout regulariter contingit
in ultimis voluntatibus ob conjecturatam, et praesumptam
mentem testatoris, ut explicat *Gloss. in d. l. filii* mox supra
adducta.

60 Ad quintum respondetur dictam legem, seu senatus con-
sult. ideo appellatione filiorum includere nepotem, quia id,
quod militat in filio, idem militat, in nepote respectu sena-
tus-consulti macedoniani, tanto magis quia avus vivebat, in
61 cujus nepos erat potestate, cui etiam pater nepotis subjicie-
batur, licet enim iste pater concessisset facultatem filio acci-
piendi mutuum; attamen quia jussus ejus patris non potuit
legitimare mutuum, quod erat contra senatus-consultum ma-
cedonianum, cujus praejudicium vergebat in damnum avi,
et ideo cum militaret eadem ratio in nepote, sicuti in filio,
ex illo casu tantum, ut notat Gloss. in verbo continerentur
non est trahendum ad regulam generalem.

Limitandam autem esse nostram conclusionem, secundum
Cepolam *d. cap.* 50. *sub n.* 21. *versus finem, in versic. si*
vero promissio de servitut. urban. praedior. si in conven-
tione dictum fuisset pro se, et filiis suis in perpetuum, quo
in casu, secundum eum tenetur molitor molere, vel furna-
rius coquere etiam nepotibus in perpetuum, ratione illius di-
ctionis, *in perpetuum.* Nec obstat si promittatur aliquid in-
finitum, ut ratione infinitatis evitandae non esset admitten-
da in perpetuum: quia ait, quis se obligare potest in perpe-
tuum, per textum *in l.* 1. *§ in perpetuum, ff. si ager vecti-*
gal. vel emph. per haec verba; *eis qui in perpetuum fundum*
fruendum conduxerunt a municipibus. quamvis non effi-
ciantur domini, tamen placuit competere eis in rem actio-
nem adversus quemvis possessorem: sed et adversus ipsos
municipes, ita tamen si vectigal solvant ex l. 2. *eodem tit.*

62 Verum haec limatio mihi videtur non posse includere in-
finitatem, licet addit illud, verbum perpetuum quia loquitur
tantum de filiis, quibus defunctis cessare debet dicta conven-
tio per rationes superius allatas appellatione filiorum non
venire nepotes, praecipue in contractibus in quibus, quod est
omissum pro omisso habetur decantata *l. quicquid adstrin-*
gendae. ff. de verbo obligat.

63 Nec obstat illa dictio, *in perpetuum*, nam plures habet si-
gnificationes haec dictio, ut habetur *in l.* 1. *ff. pro socio*, di-
cendo. *Societas coire potest, vel in perpetuum, id est dum*
vivunt: ubi Gloss. in verbis dum vivunt. Plures adducit sen-
sus istius dictionis, *in perpetuum*, primus est, ut in hac le-
ge. Secundo *perpetuum*, id est generale *ex l. edita actio*
5. *c. de edendo* in illis verbis *Prout edicti perpetui nunc*
auctoritas, ibi Gloss. in verbo perpetui idest generalis. Ter-
tio idest generaliter verum per textum in §. 1. *instit. de*
satisdatione tutorum in illis verbis. *Sed hoc in perpetuum*
explicat ibi. *Glossa in dicto verbo* idest *generaliter verum.*
Quarto accipitur usq; ad triginta, vel quadraginta annos, §.
1. *de perpetuis, et temporalibus actionibus*, in illis verbis.
Sive ex sacris constitutionibus, perpetuo solere antiquitus
competere, donec Sacrae constitutiones, tam in rem, quam
in personam actionibus certos fines dederunt. Quinto acci-
pitur pro continuatione actus scilicet continue idest sine in-
tervallo *l. humanitatis* 9. 6. *de impuberum, et aliis substi-*
tutionibus, in illis verbis. *Iste tamen filius, vel filia, nepos,*
vel neptis, pronepos, vel proneptis, mente captus, vel mente
capta perpetuo sit. Sexto tandem perpetuum idest sine tem-
poris praefinitione, *l.* 3. *ff. de exceptionibus* in illis verbis.
Perpetua atque peremptoria sunt, quae semper locum ha-
bent, nec evitari possunt, et ut latius ibi. Quapropter *Au-*
gustinus Barbosa de dictionibus in dictione in infinitum,
in perpetuum, dictione 163. *n.* 3. ait hanc dictionem, *per-* 64
petuo, secundum subjectam materiam referri ad hominis vi-
tam si actus de sui natura, vel disponendi modus personam
respiciat: quae regula militare videtur in praesenti casu at-
tentis verbis ejusdem stipulationis, seu conventionis loquen-
tis de filiis ita ut referatur solummodo ad eorum vitam, non
autem ad nepotes, et alios descendentes; erat enim in facul-
tate stipulatoris legem conventionis clarius dicere, quam non
dixit, ergo ei imputandum *d. l. quidquid adstringendae.*

Nec obstat textus *in d. l.* 1. *ff. agere vectigal.* ubi qui
conducunt praedia civitatum in perpetuum, iis solventibus
pensionem, non possunt municipes colere dicta praedia, nam
respondetur ibi non agi nec de damno promissorum seu con-
cedentium, nec de damno conductorum, imo ex natura talis
contractus est, ut sit perpetuus pro ut diximus de emphy-
teusi: ideo dictio illa, *perpetua* est interpretanda secundum
subjectam materiam, prout dicit *August. Barb. sup. citatus*
in dicta dictione perpetuum, cum ergo naturaliter detur
contractus locationis, et conductionis, qui in perpetuum con-
stituitur, hoc non est trahendum in consequentiam contra
promissionem molendi vel coquendi in perpetuum, idest us-
que in infinitum.

Limitanda tamen esset haec nostra conclusio, si dictum 65
fuisset promisisse molere vel coquere omnibus liberis in per-
petuum, quia appellatione liberorum veniunt nepotes, et
caeteri descendentes usque in infinitum *August. Barbos. de*
appellatione verbor. in *verbo liberi appel.* 130. *n.* 1. 2. 3. *et*
4. quo in casu imputandum esset promissori, cum se obliga-
verit in infinitum, et ad infinitam quantitatem.

Declaranda tamen est nostra conclusio una cum limitatio- 66
nibus dato casu promissorem se obligasse molere, aut coque-
re toti ejus familiae, et omnibus filiis suis, non propterea si
pater data opera auxisset familiam, forsan quia stipulator seu
pater aliquam opulentam acquisivisset haereditatem, qua
mediante voluerit augere familiam pluribus aliis famulis, vel
pedissequis ut majore commoditate sese tractaret, vel etiam
si acquisivisset aliquam insignem dignitatem per quam op-
porteret secundum ejus statum augere famulos, et pedisse-
quos, tunc, et eo in casu stipulator non posset praetendere
promissorem obligatum esse molere, et coquere pro famulis,
et pedissequis auctis ea ratione, quia promissor non potuit
cogitare nec praevidere accidens venturum. et ideo non tene-
tur argumento deducto *ex l. sed et si lege* 28. *§. si quis re*
sua ff. de petit. haeredi de eo, qui re sua lautius usus est con-
templatione delatae sibi haereditatis, eum non posse aliquid
retinere seu ex haereditate deducere, seu fuerint avicta in
haec verba. *Si quis re sua lautius usus sit contemplatione*
delatae sibi haereditatis Marcellus, lib. 4. *ff. putat nihil*
eum ex haereditate deducturum, si eam non attigit. Simi-
li modo et si mutuam pecuniam accepit quasi dives esse coe-
perit, ea *Gloss. in §. an certe in verbo largires autentico,*
ut judices sine quoque suffragio fiant. Cum ergo nec moli-
tor nec furnarius non potuerit verisimiliter cogitari de hoc,
idcirco non tenetur *l. cum Aquiliana* 5. *ff. de transactio.* in
haec verba *cum aquiliana stipulatio interponitur, quae ex*
consensu redditur, lites, de quibus non est cogitatum in
suo stata retinetur; liberalitatem enim captiosa interpre-
tatio prudentium fregit per textum etiam in l. si servitus
22. *ff. de servitutibus urbanorum praediorum* in haec ver-
ba. *Si servitus imposita fuerit, lumina, quae nunc sunt, ut*
ita sint, de futuris luminibus nihil caveri videtur et in l.
si cui 9. *ff. de servitutibus, et clarius in l interims* 21. *c.*
de senatus consul. Vellejan. ubi Mulier se obligans expresse
pro certo contractu obligationis respectu rerum Mariti ad fa- 67
vorem alicujus, licet se pro illo contractu dixerit posteriorem

Pecchii = de Servitutib. =

20

toli contrahenti cum clausola generali, non propterea talis clausula potest illam obligare cum alio qui secum non contraxit, nec expresse se obligasit in illis verbis. *Ita tamen, ut si generaliter tali renunciatione pro uno (ut dictum est) contractu, seu certis contractibus, vel ad unom, vel ad certus res, consensum proprium accomodantes asae sunt, vel fuerint, eadem renunciatio ad illos contractus, et illas res, seu personas, quibus consensum suum proprium accomodaverant, vel accommodaverint coarctetur: nec aliis quibusdam contractibus; quibus minime mulieres consenserunt, vel consenserint praetendentibus eam, apponendi licentia praebeatur.*

Et per textum *in l. qui cum tutoribus 9. ff. de transactionibus* dicendo. *Qui cum tutoribus suis de sola portione administratae tutelae suae egerat, et transegerat, adversus eosdem tutores ex persona fratris sui, cui haeres existeret, agens praescriptione factae transactionis non submovetur.* Et hoc idem probat *Bartol. in l. inter stipulantem 83. §. sacram rem, ff. de verborum oblig. n. 7.* ubi quando agitur de negotio respiciente tantum tempus praesens, et nullam deprudentiam de futuro, non inspicitur, quod evenire potest, ut latius apud eum videri potest.

QUAESTIO XI.

De habitatione, et quid sit habitatio.

SUMMARIUM.

1. Habitatio quid sit an differat ab usu, et usufructu.
2. Habitatio ad differentiam usus potest etiam aliis locari, altra propsiam habitationem.
3. Legatarius habitationis quandoque potoit acquirere etiam dominium ejusdem domus si hoc evidentissimis probationibus demonstraverit.
4. Habitatio tunc locari alteri nequit, quando relictus est solum usus habitationis non ipsa habitatio
5. Habitatio quomodo ab usu differat his explicatur.
6. Habitatio capitis diminutione non extinguitur nisi vere, quod est in usu, immo nec utendo amittitur quia consistit in mero facto.
7. Legatum usufructus, quoad vivam, est multiplex, sed extinguitur, et ipsum legatum capitis diminutione.
8. Legatum habitationis factum in singulos annos est multiplex, et ab initio omni debetur, et transmittitur.
9. Usufructuarius annualis, sicut et quilibet alius usufructuarius fructus maturos, sed nondum a solo separatos, non transmittit.
10. Legatum annuale pro primo anno est purum, in alios vero est conditionale, tamen si in initio anni vixerit legatarius, sufficit ad illud transmittendum quia in principio anni dies cessit.
11. Legatum dubium est primo interpretandum attenta, testatoris voluntate seu ejus consuetudine vel potius ab usu regionis, nec non attenta qualitate, ex dignitate, et charitate legatarii, et idem recurritur ad conjecturas.
12. Legatum in annos singulos potest fieri etiam purum in aliis annis quando evidens voluntas testatoris appareret, volens potius prospicere haeredi quam legatario, ne cogeretur summam infinitam solvere unica contexta.
13. Stipulatio annua ad differentiam legati annualis non dat facultatem exigendi deductum in stipulatione in principio anni sed in finitu futura promissoris.
14. Habitatio simpliciter relicta usque quo durare debeat, an donec vixerit legatarius, et respondetur affirmative
15. Legatarius habitationis tenetur quoque praestare cautionem de utendo, fruendo arbitrio boni viri.

1 Habitatio est jus libere habitandi in domo aliena ab usu, et usufructu separatum probat tex. *in §. sed si cui habitatio.* Institutionum, tito de usu et habitatione, in haec verba. *Sed si cui habitatio legata, sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur, neque usufructus, sed quasi proprium aliquod jus, quam habitationem habentibus; propter rerum utilitatem secundum Marcelli sententiam, nostra decisione*
2 *promulgata permittimus non solum in ea degere, sed etiam aliis locare.* Et per tex. *in l. cum antiquitas 13. c. de usufructu et habitat.* in haec verba. *Cum antiquitas dubitabat, usufructu habitationis legato, et primo quidem cui similis esset utrum ne usui vel usufructui, an neutri eorum; sed jus proprium, et specialem naturam sortito esset habitatio; postea autem si posset is, cui habitatio legata esset, eamdem locare, vel dominium sibi vindicare auctorum jurgium decidentes, compendioso responso omnem hujusmodi dubitationem resecamus. Et si quidem habitationem quis reliquerit ad humaniorem declinare sententiam nobis visum est, et dare legatario etiam locationis licentiam. Quid enim distat, sive ipse legatarius maneat, sive alii cedat, ut et mercedem accipiat? et multo magis si habitationis usumfructum reliquerit: cum et nimiae subtilitati satisfactum videatur, etiam nomine usufructus addito. In tantum etenim valere habitationem volumus, ut non antecellat usum-*
fructum, nec dominium habitationis speret legatarius: nisi 3
specialiter evidentissimis probationibus possit ostendere et dominium ejus domus sibi esse relictum: tunc etenim voluntati testatoris per omnia obediendum est.

Quam decisionem locum habere censemus in omnibus locis, quibus habitatio constitui potest.

Verumtamen *ex l. si habitatio 10. ff. de usu et habitatione*, videtur probari habitationem esse unam, et eamdem tamen cum usu in haec verba. *Si habitatio legetur, an perinde sit atque si usus, quaeritur; et effecta quidem idem paene esse legatum usus et habitationis, etiam Papinianus consensit, lib. 18. quaestionum. Denique donare non poterit, sed eas personas recipiet, quas et usuarius; ad haeredem tamen nec ipsa transit, nec non utendo amittitur, nec capitis diminutione.*

Et idem probatur *in §. item is instit. tit. de usu et habit.* in haec verba.

Item is, qui aedium usum habet, hactenus jus habere intelligitur, ut ipse tantum inhabitet: nec hoc jus ad alium transferre potest. Et vix receptum esse videtur, ut hospitem ei recipere liceat. Ex quibus juribus deducitur, habitationem non differre ab usu, et sicuti usus non potest alteri locari, ita neque habitatio.

Ad quae vero respondetur hanc esse altercationem, de qua loquitur imperator in *d. l. cum antiquitas, c. de usufructu, et habitatione.* Et jura citata loquuntur de usu tantum habitationis, non de ipsamet habitatione, nam cum saepe saepius diximus usum esse ex necessitate utentis; usus vero non
potest alteri locari, ideo in hoc, relicto usu habitationis non 4
potest dici relicta habitatio, sed usus tantum habitationis, seu usus domus pro ut dicit idem Justinianus *in dict. §. item ij* quando relictus est usus aedium, quia alteri non poterit locari ad formam textus *in l. caeteram 4. ff. de usu et habitatione* in haec verba. *Caeterum sine eo, ne hos quidem habitare posse. Proculus autem de inquilino notat non bene inquilinum dici, qui cum eo habitat, et secundum haec, et si pensionem habitationis percipiat dum ipse quoque inhabitat, non erit ei invidendum: quid enim si tam speciosae domus usus sit relictus homini mediocri, ut portiuncula contentus sit.* Ex quo jure infertur quod licet inquilinus proprie dicatur qui separate domum habitat, quam conduxit ut notat *Conanus in suis commentariis lib. 4. c. 5. sub n. 5.* Attamen non dicitur proprie inquilinus, qui cum usuario habitat, sed venit appellatione servorum seu famulorum ipsius usuarii.

Et quod hoc sit verum etiam aedium usum legari posse, et non dici legatum habitationis, sed usus tantum, probatur ex verborum expressione facta vel a testatore, vel a concedente, eo quod verba, quae voluntatem sive testatoris, sive concedentis exprimunt, a quo non est recedendum, justa disposita in dict. *leg. cum antiquitas* quando dixit si apertissimis probationibus constare posit dominium domus habitationis legatum fuisse per testatorem, tunc ei est obediendum sit idem textus *in leg. cum antiquitas*, sed sic est, quod testator locutus est de usu aedium, non habitationis, ergo cum habeamus voluntatem ejusdem expressam, non est ulterius inquirendum quid contineatur, in tali legato usus, sed standum est ejus dispositioni.

Caeterum quod legatum habitationis differat ab usu, et 5
usufructu, satis constat, quia usus iisdem modis constituitur, et iisdem modis extinguitur pro ut usufructus *§. primo instit. de usu, et habit.* et in hoc differt habitatio ab usu, quia usus extinguitur capitis diminutione, secus vero habitatio, quae licet sit servitus personalis, et sit juris, attamen ejus natura magis participat de facto, et in facto consistit ut notat *Conanus loco supra citat. sub n. 5. vers. ex utroque*, et haec est ratio quia non amittitur capitis diminutione, idem auctor, et extra dentes probat textus in *l. legatum 10. ff. de capitis diminutione* in haec verba, *legatum in annos singulos, vel*
menses singulos relictum, vel si habitatio legetur morte 6
quidem legatarii intercedit: capitis tamen diminutione interveniente perseverat, videlicet, quia tale legatum in facto potius, quam in jure consistit. Differt etiam ab usufructu. Qui ne dum capitis diminutione amittitur, sed etiam ex non utendo. Habitatio vero nisi morte extinguitur dicta *leg. 10. ff. de capitis diminutione.*

Differt etiam in modo legandi usumfructum, et habitatio- 7
nem, nam si dictum fuisset quoad legatarius vivat, lega ei

usumfructum, tale legatum multiplex est, et censetur legatum repetitum in casu, quo legatarius capite diminutus fuerit, vel usumfructum non utendo amiserit *lib. 3. In illis verbis. Unde tractatum est ff. quibus modis ususfructus amittatur* dicendo. *Unde tractatum est, si cui quamdiu vivat ususfructus legatus sit an videntur repetitus, quoties amissus est, quod, et metianus tentet, et pare repetitum videri. Quare, et si usque ad diem, vel ad tempus sit legatus at puta usque ad decenniam; idem erit dicendum*, quod secus est in habitatione, quia est unum legatum, per textum *in lege damnas esto 15. ff. de usu, et usufructu legato* in haec verba. *Damnas esto* haeres *meus, Titium sinere in illa domo habitare quoad vivet. Unum videtur esse legatum.*
8 Aliter esset dicendum. si testator dixisset ad formam textus *in l. habitationis 11. ff. de usu, et usufructu legat.* lego habitationem in singulos annos in haec verba. *Habitationis legatum in singulos annos, ab initio anni deberi constat, sicuti enim legatum in singulos annos continet plura legata et pluries cedit dies et initio anni*, ut explicat *Gloss. in dict. l. habitationis in eodem verbo.* Itaque tot essent habitationes, quot essent anni in quibus legatarius consecutus est habitationem, quod melius declaratur *in l. nec semel 10. ff. quando dies legati cedat* in haec verba. *Haec semel diem ejus cedere, sed per singulos annos.* Modo proponit aliam questionem *ibidem*. an dies cedat finito anno, *an* vero in initio cujusque anni. Sequitur dicendo; *sed utrum initio cujusque anni, an vero finito anno cedat quaestionis fuit, et Labeo, et Sabinus, Celsus, Cassius, et Julianus in omnibus, quae in annos singulos relinquentur. hoc probaverunt, ut initio cujusque anni, cujus legati dies cederet, explicat Glos. in verbis dies cederet etiam quoad transmissionem*, probat textus *in l. in singulos 8. ff. de annuis legatis etc* in illis verbis. *Illud certe amplius est in hoc legato quod in ingressu cujuslibet anni, si decesserit legatarius, ejus anni legatum haeredi suo reliquit: quod in usufructu non ita est: cum usufructuarius etiamsi maturis fructibus nondum tamen perceptis decesserit, haeredi suo eos fructus non relinquat:* ita ut non solum cedat dies quod ad petitionem sed etiam quoad transmissionem: idem confirmat *textus in l. 1. c. quando dies legati cedat* in haec verba. *Si competenti judici annua legata, vel fideicommissa tibi relicta probaveris, ab initio cujusque anni exigendi eam habebis facultatem.*
10 Et ita legatum pro primo anno esse purum, in sequentibus vero conditionale textus *ad literam in l. si in singulos annos 4. ff. de annuis legatis* in haec verba. *Si in singulos annos aliquid alicui legatum sit, Sabinus (cujus sententia vera est) plura legata esse ait, et primi anni purum, sequentium conditionale. Videri enim hanc inesse conditionem si vixerit, et ideo mortuo eo ad haeredem legatum non transire.* Idcirco sufficit me initio anni vixisse, quia statim dies cedit *dict. lib. 1. et lib. 12. ℥. 1. ff. quando dies legati cedat.* Ubi Ulpianus loquitur in specie de habitatione in haec verba.

Si in habitationem aliquid, vel in disciplinam legetur, sic nummus, vel quot annis. Quibus diebus pensio deberetur habitationis, vel mercedis disciplinarum eisdem intelligitur legatum relictum. conjectura voluntatis facta. Novissime Pomponius scribit nihil interesse, utrum in annos singulos vel quot annis, an in singulos menses, vel quot mensibus, an in singulos dies vel quot diebus legetur. Ipse quoque huic sententiae accedo. Proinde, et si annui legentur tot aurei, idem erit dicendum. Nam explicat *Glos. in verbo voluntatis*, quia nunc agere incipit. Ergo si ad alimenta decem singulis annis legentur, in principio anni est solvendum quia tunc incepit gerere. Quod autem dicitur in dict. textu ex conjectura voluntatis, hoc probatur ex *l. si servus plurium 53. ℥. si numerus ff. de legatis prim.* in haec verba. *Si numerus nummorum legatus sit, neque appareat* 11
quales sint legati ante omnia ipsius patrisfamilias consuetudo deinde regionis, in qua versatus est exquirenda est. Sed, et mens patris familias, et legatarii dignitas, et charitas, et necessitudo, item earum, quae praecedunt, vel quae sequuntur, summatim scripta sunt spectanda. Et sic habemus regulam quando versamur in legatis dubiis confugiendum esse ad conjecturas, vel ad usum regionis, vel patris-familias.

Limitanda tamen esset illa propositio in annos singulos, 12
vel si quot annis, quando evidens esset testatoris voluntas in annuas pensiones divisisse legatum, voluntas potius prospicere haeredem quam legatarium per textum in dicto *l. nec semel in vers. sed et si quot annis ff. quando dies legati cedat* in haec verba. *Sed et si quot annis sit legatum, mihi videtur etiam in hoc initium cujuscumque anni spectandum, nisi forte evidens sit voluntas testatoris in annuas pensiones ideo dividentis, quoniam legatario consultum, sed haeredi prospectum voluit, ne urgeretur ad solutionem.* Hoc idem probat *Brunemanus in lib. prim. c. quando dies legati cedat. vers. deinde limitatur* haec lex et alii interpretes ad dictam *l. nec semel, et in dict. l. 1. eodem tit.*

Caeterum quae diximus de legato annuo non militant in 13
stipulatione, qua conventum est ut hoc anno ex. g. mihi solvas decem, quia censetur totum annum concessum esse favore promissoris, ne teneatur solvere nisi anno finito per textum *in l. qui anno 42. ff. de verborum obligationibus* in haec verba. *Qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus sit, nisi omnibus partibus anni vel mensis praeteritis non recte petet.* Eumdem textum, habemus in *℥. qui hoc anno instit. tit. de inutilibus stipulationibus*; et sunt eadem verba ejusdem supradictae legis.

An autem quando nihil dictum fuit in legato habitationis 14
quo tempore durare debeat, quando simpliciter tantum fuit legata habitatio, an anno tantum, an vero perpetuet donec vixerit legatarius. Respondit Ulpianus *in l. si habitatio. ℥. utrum autem, ff. de usu et habitatione* legatum habitationis durare donec vixerit legatarius, et resolvit affirmative in haec verba. *Utrum autem unius anni sit habitatio, an usque ad vitam apud veteres quaesitum est*, et *Rutilius, donec vivat, habitationem competere ait, quam sententiam, et Celsus lib. 18. digest. pro a.*

Tandem sicuti usufructuarius, et usuarius, prout diximus 15
in superioribus quaestionibus, tenentur praestare cautionem de utendo, fruendo arbitrio boni viri, idem venit dicendum in legatario habitationis, qui, et ipse tenetur praestare cautionem pariter de utendo fruendo arbitrio boni viri, textus *in l. huic 5. ℥. sed etsi casus ff. usufructuarius quemadmodum caveat* in haec verba. *Sed, et si usus sine fructu legatus erit, adempta fructus causa jubet praetor hoc merito ut de solo usu non etiam de fructu caveatur. Ergo et si fructus sine usu obtigerit, stipulatio locum habebit, sed, et si habitatio vel operas hominis vel cujus alterius animalis relictae fuerint stipulatio locum habebit, licet per omnia hasc usumfructum non immittentur.* Concordat textus *in l. usufructuarius quemadmodum caveat*, et haec dicta sufficiant pro servitutibus personalibus.

CAPUT QUARTUM

De servitutibus urbanorum praediorum.

SUMMARIUM

1. Servitutes urbanorum praediorum quae, et quot sint.

1 In hoc capite agemus, quaenam sint servitutes urbanorum praediorum. Prima est altius tollendi vel non tollendi. Secunda ne luminibus vicini officiatur. Tertia stillicidium. Quarta tignum immittendi. Quinta projiciendi vel protegendi. Sexta ne prospectui officiatur. Haec omnia probantur. *ex lib. 2. ff. de servitutib. urba. praed. una cum l. sequenti* in haec verba, *urbanorum jura talia sunt altius tollendi et officiendi luminibus vicini: aut non extollendi. Item stillicidium avertendi in tectum, vel aream vicini: aut non avertendi. Item immittendi tignum in parietem vicini: et denique projiciendi protegendive: caeteraque istis similia. Et est haec servitus eorum, ne prospectui officiatur,*

Pariter adsunt aliae servitutes videlicet oneris ferendi, servitus itineris seu actus eundi ex una domo ad alteram, servitus solis, seu aeris, servitus parietis, seu muri, servitus hostii seu portae, servitus claustri, vel conclaris; de penu, putei, cisternae, et larelli; de cloaca, de fistula, de furno, de fornace balnei sive stuphae. De fumo, de scalis. De

ferratis. De jure refectionis. De ponticello. De fenestra. De specularibus. De camino. De necessario. De sedario. De aquarolo, seu canali. De aquae projectu, seu eliorum rerum. De aquaeductu respectu domus. De ponte. De picturis vel incrustationibus; De orco. De armatura. De stabulo. De ingressu, seu de introitu. De horto. De columbario. De sterquilinio, seu potius de letamine. De maceria. De fovea. De arboribus. Tandem, et de sepulcro. De quibus omnibus sigillatim discurremus per proprias quaestiones.

QUAESTIO I.

Quid sit servitus urbana, et quae dicantur praedia urbana, et quae rustica:

SUMMARIUM.

1. Servitus urbana quid sit ad differentiam rusticae, et quae dicantur praedia urbana, et quae rustica ad differentiam, et cognoscendi.
2. Servitutes de jure gentium sunt inventae.
3. Dominia jure de jure gentium fuerunt distincta, sicuti et termini agrorum.
4. Servitutes reales sine praedio nequeunt constitui.
5. Praedia quaecumque natura sua sunt libera nisi probentur serva.
6. Res quaelibet praesumitur libera, nisi probetur serva.
7. Praedium inferius naturaliter servire tenetur superiori.
8. Servitus naturalis, quo praedium inferius servit superiori, non est servitus constituta per contractum, vel ultimam voluntatem, aut per praescriptionem, sed provenit a natura, nam etiam major natu praecedit natu minorem.
9. Servitus urbana duobus modis constituitur affirmative, ut mihi liceat habere stillicidium in tuum praedium negative ne altius tollam meum aedificium.
10. Servitutes rusticorum regulariter loquendo affirmative semper concipiuntur.
11. Praedia urbana quomodo differant, et cognoscantur a praediis rusticis.
12. Praedium est nomen magis generale quam sit fundus, et quomodo hoc se habeat hic plenarie explicatur.
13. Fundus ille dicitur quidquid in solo continetur.
14. Ager est species fundi, qui ad usum hominis comparatur.
15. Possessio differt a proprietate, et ideo possessio dicitur usus, ager vero proprietas.
16. Locus non est fundus, sed portio aliqua fundi, et hic fusius per I. C. explicantur fundus, praedium, solum etc.
17. Praedia urbana ea dicuntur, quae sunt pro habitantibus hominibus aedificata, non solum in oppidis, sed etiam in villis, et vicis.
18. Servitutes denominantur a fundo dominante, seu ab eo cui debentur.
19. Via vel iter licet sit servitus rustica, attamen, quando debetur praedio urbano dicitur urbana.
20. Familia urbana, et rustica non loco, sed genere distinguuntur.
21. Dispensator licet sit in praediis rusticis, si tamen opere rustico non faciat de urbana familia dicetur.
22. Praedium rusticum discernitur ab urbano non loco, sed qualitate.
23. Materia quandoque discernitur praedium urbanum a rustico, veluti si hortus plurimos fructus faceret, et non serviret ad voluptatem, sed se converterunt in rusticos redditus.
24. Stabula an dicantur praedia urbana aut rustica, et quas significationes habeat hoc verbum *stabula*.
25. Invecta, et illata in praediis urbanis tacite sunt hypothecata, secus in praediis rusticis, nisi domino fruente.
26. Alciatus quomodo intelligat illud verbum, *stabula* hic refertur.
27. Verbum meritorie, quid dicatur meritorium, mereri est mercede operam praestare, et ideo dicuntur loca meritoria, quae mercede locarentur forte viatoribus, vel peregrinantibus, et ita meritoria scorta meritoriae rhedae, mult. meritoria.
28. Verbum praetoria, praetorium domus imperatoria est, et quid haec omnia significent hic explicantur.
29. Villa simpliciter accipitur, et quando, hic explicatur.
30. Verbum, materia, quid importat, veluti si quis tugurium, vel casam ex stramentis aedificet, si pro usu hominis urbanum dicetur praedium, et in eo, omne quis capi poterit, si vero causa bestiarum, tunc si conjuncta sint aedificiis, vel eis proxima pariter dicentur urbana, secus si separata rustica.
31. Horti an sint praedia urbana, an vero rustica, cum distinctione resolvitur.
32. Cujacius in rubrica de servitutibus circa stabula aliud sensit, et hic refertur ejus doctrina.
33. Meretrices dicuntur, quae turpitudine sui corporis emerentur.
34. Area dicitur praedium urbanum, quae casus vacuus inter urbana praedia, nos vulgo, dicimus curiam, enumeratur.
35. Caria, seu area ruri posita in qua frumenta teruntur, est praedium rusticum, sed proprie area, illam accipit, quae est in civitate.
36. Servitus secundum Corasium, denominatur a praedio serviente, non dominante, contra communem traditionem.
37. Servitus altius tollendi, et non tollendi praedium rusticum est rustica.
38. Servitus altius tollendi praedium urbanum dicitur urbana etiamsi debeatur loco rustico.
39. Servitus viae vel itineris, quae debetur aedificio urbano nihilominus dicitur rustica secundum Corasium, quod auctor reprobat ut supra, et infra, sicuti et alias superiores propositiones.
40. Auctor reprobat sententiam Cormii quoad omnes propositiones, et primo loco contra stabula.
41. Usus communis venit attendendus in materia stabulorum.
42. Servitus viae si debita sit praedio urbano dicitur urbana, non rustica.
43. Servitus urbana fieri potest rustica, ut hic explicatur, quando scilicet praedium urbanum inservit rustico.
44. Area quaelibet habet ex lege servitutem ne desit ventus ad reddendos fructus paleis nitidos, in praediis urbanis, ne altius tollantur, et dicitur rustica.
45. Servitutes altius tollendi, vel non tollendi licet sint servitutes urbanae attamen quandoque dici possunt rusticae.
46. Servitutis usus attendendus est a re cui acquiritur.
47. Praedium urbanum non locus, sed materia talem illud facit, videlicet subjectum, commoditas et usus rei.
48. Praedium rusticum quocumque loco constituatur semper erit tale, quando fructuum gratia constructum est, et ita non e loco sed e materiae qualitate, et genere praediorum.
49. Urbana familia, non loco, sed genere operis, et ministeriis discernitur a rustica.
50. Dispensator quandoque numeratur inter servos urbanos, et qui dispensat rationes rerum rusticarum dicitur rusticus servus.
51. Servitutes denominari debent a suo principali quia accessorium sequitur principale.
52. Accessorium sequitur suum principale.

Servitus urbana nihil aliud est, quam *constitutio juris* 1
gentium, qua praedium contra naturam vicino praedio urbano ad ejus utilitatem, vel domini commoditatem, cum juris sui diminutione servit. Dicitur ergo constitutio juris 2
gentium, quia de jure gentium sunt inventae servitutes, ex regula generali deducta *ex §. final. instit. de usu, et habit.* in illis verbis. *Exposuimus summatim, quibus modis jure gentium acquirantur, modo videamus quibus modis legitimo, et civili jure acquiruntur*, et ita exposuit hunc textum *Bart. in extravaganti ad reprimendum* sed verius *super constitutione; qui sint rebelles* in verbo, *rebellando sub n. 17.* ubi habet haec verba. Item quaero quid de dominio bonorum. Respond. illud, si est directum, est de jure gentium, ergo retinet. Sed si haberet utile dominium illud non retinet sub isto nomine, quoniam puto, hoc e jure civili inductum; sed quia hoc idem sonat, quoad effectus dominii; ut *not. in c. bon. mater. authentic. nisi;* ideo puto, quod hoc retineat, sicut directum; quia hic effectus dominii est de jure gentium, *argum. instit. de usu. et habit. §. fin.* ubi dicitur usum, et similia, quae sunt de effectu dominii, esse de jure
gentium, hoc idem confirmat. *Felin. in c. quae in ecclesiarum sub n. 52. versic.* Nec obstat quod sicuti etiam de jure 3
gentium pariter rerum dominia fuerunt distincta *l. ex hoc jure 5. ff. de just. et jure* quando dixit. *Ex hoc jure gentium introducta sunt bella, discretae gentes, regna condita, dominia distincta agris termini positi etc.* Praedia au-
tem ea sunt, sine quibus servitutes reales non possunt con- 4
stitui *lib. 1. ff. commun. praedior.* in illis verbis. *Nemo enim potest servitutem acquirere, vel urbani, vel rustici praedii. nisi qui praedium habet, nec quisquam debere, nisi qui habet praedium*, et idem probatur, *§. fin. instit. de servitut.* in illis verbis. *Potest etiam testamento quis haeredem suum damnare ne altius tollat aedes suas, ne luminibus aedium vicini officiat, vel ut patiatur eum tignum in parietem suum immittere, stillicidium ut adversus eum haberet, vel ut patiatur eum per fundum ire agere, aquamve ex eo ducere.*

Dixi contra naturam, quia omnia praedia natura sua sunt 5
libera *l. fin. ff. servitutibus* in illis verbis *Quod supra id solum intercedit liberum esse debet l. cum eo 8. ff. servitutibus urbanorum praediorum* in haec verba, *Cum eo, qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus non serviat, nulla competit actio l. Imperatorem 13. eodem tit.* in illis verbis *In ea area, quae nulli servitutem debet, posse dominum, vers. aliam voluntate ejus aedificare.* Idem probat, *Padilla in l. altius n. 1. et sequentibus, Brunnemannus, ibidem c.*
de servitutibus, et aqua, ex quo textu constituitur regula, 6
generalis quamlibet rem liberam praesumi in dubio.

Nec valet objectum deductum *ex lib. 1. §. fin. ff. de aqua pluvia arcenda* in illis verbis. *Si tamen lex non sit agro dicta, agri naturam esse servandam, et semper inferiorem*
superiori servire; atque hoc incommodum naturaliter pati 7
inferiorem agrum a superiore; ex quibus verbis videtur inferri servitutem non esse contra naturam immo secundum naturam per illa verba, *agri naturam*, et per consequens hanc nostram definitionem, quae semper in jure est periculosa non videri bonam, nec converti cum suo definito.

Nam respondetur illam non esse servitutem impositam, 8
vel per contractus, vel per ultimam voluntatem, vel per usucapionem, et praescriptionem; sed esse naturalem talem servitutem, ut inferior serviat superiori, nam qui natu est primus, secundo natu inservit, prim. jure naturali, id est debet ei praestare reverentiam tamquam suo majori, *non propterea*

dicitur servitus, sed honor, ut diffuse locuti sumus tomo 4. de aquaeductu *quaest.* 40. *n.* 3. *et* sequentibus, et ad ibi dicta me remitto. Et ita ut uno verbo me expediam ibi agitur de servitute naturali, de qua non loquitur nostra definitio, sed verificatur tantum in servitute imposita, vel per pactum, vel per ultimam voluntatem, vel per usucapionem.

9 Dixi, *cum juris sui diminutione* ad demonstrandum servitutem urbanam duobus modis constitui posse affirmative, et negative. Affirmative, et quando constituitur servitus urbana, vel stillicidii, vel tigni immittendi, vel oneris ferendi, et similium: negative quando imponitur servitus, ne altius tollatur aedificium, ne luminibus officiatur, ut notat *glos. in lib.* 1. *in verbis, et officiendi ff. de servitutibus urbanorum praediorum* ad differentiam servitutum rusticorum praediorum, quae, et ipsae ut plurimum, et regulariter loquendo affirmative concipiuntur, veluti est servitus, actus, itineris,
10 viae, aquaeductus, calcis coquendae, arenae fodiendae, et alia similia, et propterea illa verba, *cum diminutione juris* sui referuntur tam ad servitutes affirmativas, quam negativas; nam licet in negativa nihil ponatur in esse, tamen tollitur libertas quam quilibet habet in suo pariete altius tollendi, vel fenestras apperiendi, et alia similia facere, et haec pro explicatione definitionis servitutis urbanae.

11 Restat modo agendum quaenam dicantur praedia urbana, et quomodo differant a praediis rusticis, et quae sint praedia rustica. Sed de rusticis in suo titulo agemus, quando tractabimus de servitutibus rusticis. Praedium ergo est nomen
12 magis generale quam sit fundus, ut probat textus *in l. quaestio est* 115. *ff. de verborum signif.* ubi agitur de distinctione fundi, et quid importet fundus, et quid praedium igitur, Labollerus *in dicta l.* habet haec verba.

13 *Quaestio est, fundus a possessione, vel agro, vel praedio, quid distat. Fundus est omne quidquid solo continetur.*
14 *Ager est species fundi, qui ad usum hominis comparatur. Possessio ab agro juris proprietate distat. Quid enim apprehendimus cujus proprietas ad nos non pertinet, aut nec potest pertinere, hoc possessionem appellamus. Possessio*
15 *ergo usus est, ager proprietas loci est. Praedium utriusque suprascriptae rei generale nomen est, nam. et ager, et possessio hujus appellationis species sunt, et ex l. fundi appellatione* 211. *ff. de verbo. signif. ubi fundi appellatione omne aedificium. et omnis ager continetur. Sed in usu urbana aedificia, aedes rusticae, villae dicuntur. Locus vero sine aedificio in urbe area, vere autem agere appellatur: idemque ager cum aedificio, fundus dicitur.* Locus vero non est fundus, ut probat *Ulpianus in l. locus* 60. *ff. de verb. signif.* in haec verba.

Locus est non fundus, sed portio aliqua fundi. Fundus
16 *autem integrum aliquid est. Et plerumque fundum sine villa accipimus. Caeterum adeo opinio nostra, et constitutio locum a fundo separat, ut, et modicus locus possit fundus dici, si fundi animo eum habuerimus. Non enim magnitudo locum a fundo separat sed nostra affectio, et quaelibet portio fundi poterit fundus dici, si jam hoc constituerimus. Nec non, et fundus locus constitui potest. Nam si cum aliis adjunxerimus fundo, locus fundi efficietur. Loci appellatione non solum ad rustica rerum, sed ad urbana quoq; praedia pertinere Labeo scribit: sed fundus quidem suos habet fines, locus vero latere potest quatenus determinatur, et definiatur.* Haec omnia comprobat *Jason. l. si profundo* 33. *c. de transactionibus*, quae pariter omnia inservient nobis pro eis, quae dicturi sumus tum in hoc praesenti capite, seu quaestione de servitutibus urbanis, sed etiam pro iis, quae dicturi sumus *in cap.* sequenti de servitutibus rusticis.

17 Urbana ergo praedia ita nominantur, quia ad habitandum praecipue sunt aedificata, non solum in oppidis sed etiam in villis, et vicis; *probat textus in* §. *praediorum urbanorum. Instituta de servitut.* dicendo. *praediorum urbanorum sunt servitutes eae, quae aedificiis inhaerent ideo, urbanorum praediorum dictae, quoniam aedificia urbana praedia appellamus, et si in villa aedificata sunt.*

18 Hinc jure, et merito, quia servitutes denominantur a fundo dominante, ideo cum servitutes debeantur aedificiis, quae regulariter loquendo, sunt praedia urbana, et servitutes praedio urbano inhaereant, ideo appellantur urbanae. Sic etiam dicimus de servitutibus rusticis, quia debentur praedio rustico dominanti, dicuntur etiam servitutes rusticae, seu quia a re rei debentur, dicuntur reales, quia praedium dominans est reale, reales quoq; dicuntur servitutes, et quando servitus a re debetur personae quia persona est, praedium dominans dicitur servitus personalis, ut diximus in principio libri quando locuti sumus de servitutibus personali, et
reali, hoc idem probat. *Alciatus in dict. l. urbana* 198. *li- 19
tera*, quia licet tua sit servitus rustica, si tamen eam mihi debes, ut ad domum meam ire possim, non dicetur rustica, sed urbana quia urbano praedio debetur.

Praedium ergo urbanum appellatur omne aedificium habitandi causa factum, sive in urbe, sive in oppido, sive extra urbem, seu in vicis, aut in villis, quia inquit Ulpianus *in lib.* 1 *ff. communia praediorum*, in illis verbis. *Caeterum et in villa aedificia sunt, aeque servitutes urbanorum praediorum constitui possunt*, juncto, *dict.* §. *praediorum. Argumento textus in l. urbana* 166. *ff. de verborum significatione*, ubi Pomponius habet haec verba. *Urbana fami- 20
lia. at rustica non loco, sed genere distinguitur. Potest enim aliquis dispensator non esse urbanorum servorum numero. Ubi glos.* in verbis, *non loco*, habet haec verba. *Et
haec vera. Nam licet in praediis rusticis sit, si tamen ope- 21
ra rustica non faciat de urbana familia est, ut dicta l. servis. Sic et praedium rusticum discernitur ab urbano non
loco, sed qualitate.* Et clarius per textum *in l. urbana prae- 22
dia* 198. *ff. de verb. signif.* Ubi Ulpianus ait.

*Urbana praedia omnia aedificia accipimus non solum ea, quae sunt in oppidis, sed et si forte stabula sunt, vel alia meritoria in villis, et vicis vel praetoria, voluptati tantum deservientia: quia urbanum praedium non locus facit. sed materia. Proinde hortos quoque si qui sunt in aedificiis constituti, dicendum est urbanorum appellatione
contineri. Plane si plurium horti in reddita sunt (vinearii, 23
forte, vel etiam olitorii) magis haec non sunt urbana.*

Hoc est ut si non vel voluptatis, et amoenitatis gratia, sed utilitatis haberentur ut fructus et redditus hortorum, ad commodum colentis, vendi possent, quia essent vinearii, aut olitorii, hoc est vineae ibidem inclusae essent, aut plura inde olera seu herbae sativae, quae sunt in usu cibario colligerentur, quoniam tunc propter rusticos redditus principaliter constituti sunt, ii non urbana, sed praedia rustica dicentur, et hoc est quod voluit dicere Ulpianus; nam rustica praedia ea dicenda sunt, quae gratia colligendorum fructuum habentur.

De stabulis autem dubitari contingit, nam Neratius *in l. 24
eo jure utimur*, 4. *ff. in quibus causis pignus, vel hypotheca tacite contrahatur*, nam postquam docuit haec verba. *Eo jure utimur, ut quae in praedio urbano inducta. et illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit. In rusticis praediis contra observatur.* Sequitur postea dicendo, *in* §. *stabula, eadem lege stabula, quae non sunt in continentibus aedificiis; quorum ea praediorum numero habenda sint dubitare potest. Et quidem urbanorum sine dubio non sunt cum a caeteris aedificiis separata sint, quod ad causam tamen talis taciti pignoris pertinet, non multum ab urbanis praediis differunt.* Ergo deducitur haec consequentia secundum glossam in verbis *non multum in
aliquo differunt*, et differentia in hoc consistit, quia invecta 25
et inducta in urbanis, ignorante domino, dicuntur tacite obligata, sed in iis stabulis, nisi sciente domino tacite obligantur quia rustica sunt Quamobrem Salicetus attenta dispositione dictae legis urbana considerat ibi urbana a rusticis non loco, sed qualitate secerni: ideo stabula equorum ad usum patris familias deputatorum, urbana censeri reliquorum. vero animalium ad rurales usus rustica dici.

*Alciatus autem in dicta l. urbana praedia in verbo sta- 26
bula. ff. de verbo. significat. ut supra cit.* haec habet *verba. Diversoria, et quas tabernas vocamus, veteres stabula appellarunt. Sed et haec vix pro septis accipiuntur, quibus jumenta, vel greges stabulantur. In priore significatu hic accipienda est. quod arguunt subsequentia verba, tumque certissimum est, urbanum praedium stabulum esse. In posteriori sensu videtur accepisse Neratius in l. eo jure*, §. *stabula, ff. in quibus causis pignorum numero urbanorum non sit, quoniam a caeteris aedificiis separata sint. Cum enim non pro hominum habitatione, sed pro pecoram, quae in rei rusticae fructu sunt, commoditate etructa fuerint, naturam rusticorum sequantur, tametsi aedificiis consistent*. haec ille.

Imo explicat verba *d. l. urbana praedia*, 198. *ff. de ver-
bo. significat.* quam nos supra retulimus extensum, *in ver- 27
sic. urbanae*, dicendo, *meritoria. mereri est mercede operam praestare: unde loca meritoria, quae mercede locan-*

tur., forte viatoribus, vel peregrinantibus Hinc et meritoria scorta, meritoriae rhedae, et muli meritorii, idque genus simile. haec Alciatus.

28 Explicat quoque illud verbum, praetoria, praetorium, domus imperatoria est, quod quemcumque militum imperatorem antiqui praetorem dicebant. Sic et principia, pro principis tabernaculo accipiuntur. Caepit tamen praetorii appel-
29 latio, pro ornatiori domo accipi, in qua paterfamilias ruri habitabat. Tripartito enim villa dividitur: prima urbana, quam dominus ipse ad inhabitandum sumit: ea et praetorium dicitur. Altera rustica, quam villici operarque rusticae incolunt. Tertia fructuaria, in qua fructus devehuntur, unde et a vehendo villa dicitur.

30 Verbum materia, ita illud explicat. Quid ergo si quis tugurium, vel casam ex stramentis aedificet. Et si pro usu hominis sit, urbanum esse praedium, receptum est, quapropter in ea aliquis capi, et in jus duci, non magis poterit, quam ex domo. Si vero boum, pecorumque habitationi, praeparata sit, aliud est, nisi domui conjuncta, vel proxima sit: nam tunc urbani aedificii pars censebitur *per dict. l. urbana, §. stabula, ff. in quib. caus. pign. etc.* supra extensa, *versic. re stabulis* in illis verbis. *Et quidem urbanorum sine dubio non sunt, cum a caeteris aedificiis separata sint.*

31 An horti sint praedia urbana, respondet idem Alciatus *in d. l. urbana* 198. in haec verba, *cum horti propter amoenitatem urbani praedii, cui contigui sunt, comparentur, aequum est, urbanis eos contineri. Quod si plurimum in reditu sint, idest, principaliter propter rusticos redditus constituti, secus est. Quid enim si olitoribus locentur, vel vineas includant, arguitur inde mens patrisfamil. non minus utilitatis, ut fructus vendat, quam amoenitatis causa, eos colentis.*

32 Circa stabula invenio Johannem Corasium, *in rubrica de servitutibus n. 12.* usque ad finem, impugnare has nostras propositiones praecipue de stabulis. Primo quia non admittit regulam per nos superius allatam, servitutem denominari urbanam sive rusticam a fundo dominante, seu a praedio dominante, non autem serviente. Et in primis circa illud verbum, *stabulum,* ait, non significare, quod vulgus putat, nempe praesepe seu locum, in quo equi, muli, boves, asini, armenta, gregesque consistunt, sed hominum diversorium, et hospitium, in quod longo itinere fatigati divertere solent hospites, esto etiam jumenta, et pecudes aliquando itinere quoque defatigata solebant respirare, et requiescere.

Nihilominus sit ipse, via reperiri poterit.. secundum veram et germanam interpretationem (ait ipse) non vocari stabula praecipue, apud jurisconsultos, quia hujusmodi stabula diversoria, et hospitia dicuntur, seu qui stabula exercent, hoc est viatores mercede, et pretio recipiunt, et dicuntur stabularii ad quod probandum adducit textum *in l. 1. §. Caupones ff. nautae Caupones etc. l unica §. fin. ff. furtis, adversus nautas;* et pro inde secundum Ulpianum *in dict. l. urbana*, quod si aedificia sint in villis, seu in vicis apud aedificia seu eis contigua dicuntur urbana, quia non locus sed materia facit praedium urbanum, et proinde verbum, *stabula*, pro diversoriis accipienda esse juxta sensum, ut dicit ipse, per illa verba, *vel alia meritoria,* eo quod meritoria loca dicantur quae mercede locantur inquilinis, et tabernae meritoriae ipsa stabula dicuntur, hoc est cauponae a verbo
33 merari hinc, dicit ipse, et *meretrices*, quae turpitudine corporis emerentur. Si vero stabula hoc est hospitia, non sint in villis, aut vicis, aut contiguis aedificiis, sed ab illis omnino separata, non possunt dici praedia urbana, etiam si pro usu hominum sint, dummodo aedificiis non sint conjuncta.

Quare si communis traditio servitutem urbanam denominari a praedio urbano dominante, et rusticam a rustico; tamen hanc regulam non videtur admittere, licet sit commu-
34 nis traditio, quam regulam nullo jure fulcitam dixit, et fundatur in ea ratione aream, locum in aedibus urbanis vacuum significare, nos vero vulgo curiam dicimus, quam intrepide urbanum praedium dicit per textum *in l. servitutes quae §. si domo ff. de servitutibus urbanorum praediorum*, si enim horti in aedificiis constituti appellatione praediorum urbanorum veniant, *dicta l. urbana.* Quare, et areae, quae sunt in mediis aedificiis, quae non ad fructuum colligendum aut
35 reponendum possunt inservire. Sequitur dicendo. Non ignoro aream ruri quoque locum in quo frumenta tenentur, quem locum rusticum esse scio *d. l. fin. §. fin. c. de servitutibus, et aqua.*

Areae si quidem verbo, non locum, in quo segetes conteruntur, sed locum in urbe sine aedificio *l. imperatores l, servitutesque §. si domo l. sed si inter. §. fin. de servit. urba. praed. l. fundi ff. de verb. signif.*

Idcirco infert, quod si servitus esset denominanda a praedio dominante potius attendendum esse praedium serviens 36
secundum Theophilum *instit. in §. fin. de rebus corporalib. et incorpor.* ubi definiens servitutem urbanam est, jus, quod efficit, ut vicinus urbanus onera sustineat, et servitutem rusticam esse jus, quod efficit, ut vicinus rusticus, vicini onera sustineat,

Denique, licet servitus altius tollendi, et non tollendi 37
praedium rusticum, sit rustica, *l. 2. ff. de servit. rustic.* servitus tamen altius tollendi urbanum aedificium est urbana *d.*
l. 1. ff. de servit. urb. §. aeque de actionib. quae tamen pot- 38
est deberi areae in qua inculcantur, et triturantur frumenta, et sic loco rustico, *d. l. fin. §. fin. c. de servit. et aqua.*

Huc pertinet, quod si doctorum sententia vera esset, et 39
deberet mihi servitutem itineris per fundum tuum rusticum, ad domum meam, foret haec servitus urbana inspecto praedio dominante, quod dicere plane ridiculum est: cum itineris, et viae servitutes, etiam domui, aut alteri praedio urbano debitae rusticae sint *l. 1. ff. de servit. rust. Nicol. Neapolit. in d. §. aeque* quicquid in adversum effutiat. *Accurs. in l. pater filiae ff. de servit. legat.* et si haec habeant aliquam apparentiam boni juris, attamen loquitur contra communem DD. sententiam, imo etiam contra leges.

Et in primis circa stabula, non dici ea, quae occasione co- 40
ponendorum pecorum, et caetera animalia, et jumenta facta sunt, enim vero usus communis loquendi venit attendendus, quidquid dicat Accursius, ait enim vocabularius utriusque juris in verbo *stabula* quando dixit antiquitus pro diversoriis, et tabernis accipiebantur: unde stabularii dicti sunt; et tamen quando stabulum positum insinuatur pro septis, quibus jumenta gregesque stabulantur, et ita fere hodie haec vox
usurpatur per dictam *l. eo jure §. stabula ff. in quibus cau-* 41
sis pignus, vel hypotheca etc. ut e textus *in l. 1. §. caupones ff. nautae caupones stabularii etc.* in haec verba *caupones autem, et stabularios aeque eos accipimus, qui cauponam, vel stabulum exercent institoresve eorum, et propterea dicuntur stabulari quia advocatis hospitibus, et stabulariis praeponuntur, a stabulis sic dicto; quando vero recipiunt hospites sine equis vocantur caupones,* et propterea nihil contra nos; hinc dicit *Conanus in suis commentariis juris civilis lib. 4. cap. 12. n. 9.* ubi quaerit an urbani praedii dominus a rustico praedio servitutem possit acquirere, aut contra, si quaeratur. Respondendum ex tea re, quod modo diximus, ut inspiciatur usus constitutae servitutis, et ut ab eo praedio nominetur, cujus causa est instituta per textum in
leg. iter 15. ff. communia, praediar. in haec verba. *Iter* 42
nihil prohibet sic constitui, ut quis interdiu duntaxat eat, quod facere circa praedia urbana etiam necessarium est. Loquitur enim titulus de rebus communibus praediis, itaque ab usu est denominanda servitus, et in effectu a re cui servit, id circo secundum Justinianum in *§. 1. de servitutibus rusticorum, et urbanorum praediorum,* in illis verbis *praediorum urbanorum servitutes sunt, quae aedificiis inhaerent: ideo urbanorum praediorum dictae quoniam aedificia omnia, urbana praedia appellamus, et si in villa aedificata sint.* Hinc licet regulariter servitus itineris sit servitus rustica, attamen quando debetur praedio urbano, eo quod debeatur aedificio urbano, dicenda est urbana.

Quin imo si praedium urbanum inserviat rustico non est 43
dicenda servitus urbana, sed rustica quia non inservit amplius aedificio, sed fundo rustico, exemplum esse potest, ut dixit Justinianus praedia urbana seu melius aedificia in villa constructa, nihilominus dici praedia urbana, demus casum ticinum habere aream ad triturandum triticum, et conterendum segetes, et alia grana, potest dari casus, ut praedium urbanum ibi contiguum debeat servitutem dictae areae ne altius tollatur tale aedificium, ne area vento privetur ad ventilandum granum nitidum, et pulchrum reddendum. Haec servitus non potest dici urbana, quia inservit ad usum rerum rusticarum prout est fructuum collectio exemplum est *in l. cum talis 14. §. cum autem c. de servitutibus et aqua*, cujus haec sunt verba. *Cum autem apertissimi juris est, fructus aridos conculcatione, quae in area fit, suam naturam, et utilitatem ostendere: aliquis vicinus suum vetabat ita aedificium extollere juxta aream suam, ut ventus excluderetur, et paleae ex hujusmodi obstaculo secerni a frugibus non possent, quasi vetita vento, suam vim per omnem locum inferre ex hujusmodi aedificatione cum secundum si-*

44 *rum regionis, et auxilium venti aream accedit. Sancimus itaque nemini licere sic aedificare, vel alio modo versari, ut idoneum ventum, et sufficientem ad praefatum opus infringat, et inutilem domino aream, et fructuum inutilitatem faciat.*

Ex quo textu clare deducitur licet aedificium, quod est praedium urbanum inserviat rustico, prout est area ad secernendos fructus a paleis, non propterea dicitur servitus urbana sed rustica, quia non debetur aedificio, sed areae praedio rustico ratione deducta ex Justiniano *in d. §. 1. ut supra paulo ante extenso*, ideo servitutes urbanae dicuntur tales, quia inhaerent aedificiis, ergo argumento a contrario sensu servitus, quae debetur praedio rustico ab urbano, non dicetur urbana, sed rustica pro ut diceinus de servitute altius tollendi aedificium, vel non tollendi, quae sunt
45 servitutes urbanae *l. 1. ff. de servit. urbano. praed.* Attamen eae servitutes altius tollendi, vel non tollendi dicuntur quandoque rusticae, ut fatetur idem met Corrasius loco citato *n.* 22. et deducitur *ex d. §. cum apertissimi.* Non negamus, aream, quae debetur praediis urbanis, et ipsam esse urbanam, pro ut saepe amplius diximus, attamen attendendum
46 esse unam res, cui adquiritur servitus ad formam textus *in l. si praedium 16. c. de praediis minorum*, in haec verba. *Sive praedium rusticum, vel urbanum (quod ab urbanis non loco, sed qualitate secernitur)* important enim haec verba, unum tri pro majori explicat. *Wesembetius est adeundus in paratitulis ff. lib. 18. tit. 2. de servit. urbano. praedio, sub num. 2.* in haec verba. Quia, ut inquit Paulus *l. urbana praedia 198. de verb. signif. l. 1. infra eodem,*
47 *praedium urbanum non locus facit, sed materia hoc est objectum, commoditas, et usus rei, ut id urbanum sit, quocumque tandem loco situm, in quo habitandi est opportunitas: rusticum vero. quod fructuum gratia quocumque*
48 *loco constituitur, l. si praedium 16. cod. de praed. minor.* sicuti in consimili exemplo urbana familia, et rustica non loco sed genere distinguntur, *l. urbana famil. 116. ff. de verbo. signif.* Et ut uno verbo expediamus, ad adducta in contrarium per Corrasium, qui et ipse se fundat in dicto notorio, quod reprobat Cujatius *in l. 1. ff. de servitutibus titul. 1. lib. 8. ff.* ubi habet haec verba. Quoniam vero praedia alia urbana, alia rustica, ideo servitutes, aliae sunt urbanae aliae rusticae, et hoc est quod *ait, l. 1.* ut distinguantur urbana praedia a rusticis: dicam in hujus rei distinctione, videtur Neratius dissentire a caeteris, qui urbana a rusticis, ex loco distinguit, urbana vocat, quae sunt in urbe, rustica, quae rure aedificata sunt. Quamobrem putat praetoria, rure extructa esse rustica praedia, *l. rusticorum 2. de servit. rusticor. praed.* Idem putat, stabula, quae non sunt in continentibus aedificia, et ruri aedificata, esse rustica praedia, *l. eo jure 4. ff. in quibus causis pignus, vel hypot.* Caeteri jurisconsulti a sententia ejus dissentiunt, qui distinguunt servitutes non a loco, sed a materia, qualitate, et genere praediorum. Ideo praetoria existimant urbana praedia *l. 1. ff. communia praediorum: l. urbana 198. ff. de verborum significatione.* Notandum est eorum sententiam etiam servari, in familia, id
49 est, in servis. Urbanos enim servos a rusticis distinguunt, non loco sed genere operis. et ministerii, *l. urbana familia 166. ff. de verbo. signif.* Haec sententia in ea ponitur: urbanam familiam a rustica distingui non loco, sed genere muneris. Itaque etiam si rure habitet, numeratur inter urbana man-
50 cipia: hujus regulae ponitur tale exemplum: dispensator plerumque numeratur inter urbanos servos, sed qui dispensat rationes rerum rusticarum numeratur inter rusticos servos. *Idem probat Cujacius eodem lib. 8. ff. tit. 3. de servitut. rust. praed. in l. 2. littera D.* in haec verba. Nam existimat etiam Neratius stabula, et deversoria, nisi aedificata, esse rustica praedia *l. eo jure 4. §. stabula ff. in quibus causis pignus. vel hypote.* in similibus Neratius in definiendis praediis urbanis, et rusticis, locum intuetur. Urbana vocat in urbe aedificata: rustica, ruri aedificata. Caeteri contra sentiunt, ut docuit *l. 1. ff. de servitut.* et existimant, spectandam esse qualitatem, et speciem praedii, ideo in villis praetorium est urbanum praedium, quia habet qualitatem, et speciem ur-
51 bani praedii. Ideo etiam servitutes debent denominari a suo principali, si ergo principale est urbanum, servitus etiam erit urbana, si principale erit rusticum, rustica erit servitus,
52 ex regula, quod accessorium sequitur suum principale *cap. accessorium 42. ff. de regulis juris*, sive etiam magis dignum trahit ad se minus dignum, hinc, et servitus personalis, ut diximus, dicitur talis. quia persona est nobilior, licet sive debeatur praedio, ut diximus supra *cap. 2. quaest. 1. n. 5. 9. 101* et

ita sublata remanent, quae fuerunt opposita, ex Johanne Corrasio.

QUAESTIO II.

An servitutis itineris possit quandoque dici servitus urbana.

SUMMARIUM.

1. Servitus itineris, an possit, quandoque dici urbana.
2. Familia urbana, et quae rustica dicatur.
3. Servus urbanus, ille dicitur, qui licet sit in praediis rusticis, non tamen facit opus rusticum.
4. Urbanus quoque servus dicitur, quem inter urbanos numeravit testator, vel habuit.
5. Servitus, ne ventus impediatur in area, est a jure ubicumque.
6. Res quaelibet respectu diversorum, diverso jure potest censeri, intellectuali tamen consideratione.
7. Aedificium quod non inserviet recollectioni fructuum, licet sit in villa, dicitur praedium urbanum.
8. Servitutis denominatio desumitur a digniori, quod est praedium dominans, itaut etiam si a praedio rustico debeatur praedio urbano, nihilominus dicetur urbana servitus.
9. Servitutes urbanae, et rusticae differunt inter se in modo eas acquirendi, vel amittendi praescriptione, quia urbanae requirunt factum praescribentis, secus vero in rusticis, in quibus sola negligentia, et hoc etiam procedit in praescribenda libertate urbanarum servitutum.
10. Servitus viae, vel actus, aut itineris, si inservit ad conducendos fructus ad habitationem, licet inserviat etiam pro eundo ad domum, tunc dicetur servitus rustica, caeterum seclusis operibus rusticis, si simpliciter pro domo esset concessa, diceretur urbana.
11. Servitutes, aliae sunt, quae in solo consistunt, aliae, quae in superficie: quae in solo consistunt, dici possunt rusticae, quae vero in superficie, urbanae.

De hac quaestione aliqua diximus in praecedenti, verumtamen non me piget clarius investigare quando servitus rustica regulariter loquendo possit etiam dici urbana, quae magis inservient pro dilucidatione eorum, quae, et supra diximus, et quae infra dicturi sumus. 1

Casus esse potest, habeo domum, peto a vicino meo, ut mihi concedat iter, quo ire possim ad dictam domum, vel ad aream meam; mihi concedit iter, aut viam, vel actum, an talis servitus, dicetur rustica, an vero urbana.

Licet in praecedenti quaestione modica aliqua dixerimus, quae possunt adaptari ad hanc quaestionem, et pro illius resolutione. Verumtamen non ita plenarie locuti sumus, pro ut casus, vel quaestio exigit ideo ad unguem illam explicabimus; quidquid dixerit in contrarium *Corasius in rubrica de servitutibus, prope finem.*

Quamobrem attendenda est acquisitio, vel destinatio patrisfamilias servitutis acquirendae, nam exempli gratia, ur- 2
bana familia, et rustica non loco, sed genere distinguitur per textum *in l. urbana 166. ff. de verborum significatione*, in haec verba. *Urbana familia; et rustica non loco, sed genere distinguitur. Potest enim aliquis dispensator non esse urbanorum servorum numero: veluti is, qui rusticarum rerum rationes dispenset. ibique habitet*, et postea in fine habet haec verba. *Videndum tamen est, quo quemque loco habuerit: quod ex numero familiae, et vicariis apparebit*, ubi glos. in verbis, *non loco*, explicat dicendo *scilicet, ministeriis et haec vera.* Nam licet in praediis rusticis sit, si tamen opera rustica non faciat, de urbana familia est per textum, *in l. servis urbanis 98. ff. de legatis tertio* in haec
verba. *Servis urbanis legatis, quidam urbana mancipia* 3
non loco, sed opere separant: ut licet in praediis rusticis sint, tamen si opus rusticum non faciant urbana videantur.
Dicendum est autem, quod urbani intelligendi sunt, quos 4
paterfamiliae inter urbanos adnumerare solitus sit, quod maxime ex libellis familiae, item cibariis deprehendi poterit; et propterea ait glos. praedium rusticum discernitur ab urbano, non loco, sed qualitate, ut probat, *lex urbana praedia 198. ff. de verborum signific.* in haec verba. *Urbana praedia omnia aedificia accipimus, non solum ea, quae sunt in oppidis*; et paulo inferius habet haec verba. *Quia urbanum praedium non locus facit: sed materia:* Hoc est qualitas, textus in *l. si praedium 16. c. de praediis minorum* in haec verba. *Si praedium rusticum, vel suburbanum, quod ab urbanis in loco, sed qualitate secernitur.*

Sicuti etiam servitus ne altius tollatur aedificium connumeratur inter servitutes urbanas *l. 1. ff. de servitutibus urbanorum praediorum*; attamen quando ne altius tollatur aedificium ad effectum ne impediatur ventus areae debitus pro secernendo grano, a palea, quae est praedium rusticum, nihilominus dicitur rustica servitus, ut aperte deducitur *ex l.*
cum talis quaestio 14. §. cum autem apertissimi c. de ser- 5

vitutibus, et aqua, in illis verbis. Sancimus itaque nemini licere, sic aedificare, vel alio modo versari, ut idoneum ventum, et sufficientem ad praefatum opus infringat, et inutilem domino aream, et fructuum inutilitatem faciat. Explicat *Benedictus Aegidius in repetione l. ex hoc jure ff. de justitia, et jure tom.* 1. *cap.* 6. *n.* 17. quam sequitur, *Augustinus Barbosa in d. ℓ. cum autem*, eo quod ibi agatur de fructuum recollectione, et ita de re rustica, et cum fructus dicantur principales, et servitus, ne altius tollatur dicatur accessoria, hinc accessorium debet sequi naturam principalis, et ideo licet sit servitus regulariter loquendo, ne altius tollatur urbana; ratione tamen principalis dicetur rustica, quae inservit rei rusticae: prout est recollectio fructuum, non negamus, tamen aedificium in villa positum quandoque esse praedium rusticum, veluti stabulum, vel quia inservit pro recollectione fructuum ibi reponendorum, quo in casu dicetur praedium rusticum, quia inservit rei rusticae, non propterea negari potest, quin etiam aedificium licet in oppido, vel villa dicatur etiam praedium urbanum, eo quod sit aedificatum, pro habitatione, quapropter si dominus vellet altius tollere tale aedificium, quo mediante area vicini privaretur beneficio venti, in eo casu, non posset tale praedium dici rusticum, sed urbanum; servitus vero a dicto praedio debita areae nihilominus dicetur rustica, cum non implicet
6 contradictionem, rem aliquam diverso jure censeri respectu diversorum, hoc est, ut ait Bald. *in l.* 1. *n.* 5. *c. de servit. fugitiv.* in haec verba, corporali consideratione, una res non potest diverso jure censeri, sed intellectuali consideratione intellectu dividentis, ubi concurrunt plures intelligendi formae, tunc unum, et idem aequipollet pluribus ad quid in arenam aedificare, habemus *text.* in *l* 3. *ℓ ex pluribus, ff. de acquirend. posses.* in haec verba. *Si ex pluribus causis possidere eamdem rem possumus, ut quidam putant: et eum qui res coeperit, et pro emptione, et pro suo possidere. Sic enim, et si ei, qui pro emptore possidebat, haeres sim, eamdem rem, ut pro emptore, et pro haerede possideo*; quod secus in dominio, ut ibi.

Verumtamen, ut in medium proferam votum meum, puto in hoc quaestione esse distinguendum: si aedificium, ut supponimus, sit constructum in villa solummodo ad habitandum,
7 et tale aedificium non inserviat recollectioni fructuum, vel ut clarius loquitur *Carpola de servitutibus urbanorum praediorum cap.* 11. *sub* n. 11. *in versic. ego autem.* Dicendo, aut habeo jus eundi per fundum tuum in domum meam quantum ad superficiem, hoc est, quantum ad aedificium in superficie soli constructum, et tunc licet sit iter, actus, vel via nihilominus dicetur servitus urbana, quia inservit praedio urbano, et ex qualitate praedii, cui *servitus* debetur, denominatur servitus non ex qualitate ejus, qui servitutem debet.
8 Nam talis est servitus, quale est praedium, cui debetur. Eo quod servitus denominetur a praedio denominante tamquam a digniori cui debetur, ut extra dentes loquitur *Paul. de Castr. in l.* 1. ubi, proponit in terminis quaestionem, si aedificio urbano existenti in villa debeatur servitus a praedio rustico, an debeat dici urbana, vel rustica? Et respondet dicendam esse urbanam facta denominatione a digniori argumento deducto ex *l.* 1. *ff. de servit. urban. praed. in vers. item stillicidium.* Ubi servitus stillicidii, quae debetur ab area aedificio urbano dicitur urbana: et tamen area potest dici praedium rusticum: quia urbanum non est, nisi aedificium. Ex quo infert utile, deduci posse propter id, quod habetur in *l. haec autem* 5. *ff. de servitut urban. praed.* nem-
9 pe quia adversus servitutem urbani praedii non praescribitur, nisi interveniente facto praescribentis, et bona fide, at in praescribendo libertatem adversus servitutem praedii rustici, non requiritur factum praescribentis, sed sufficit negligentia non utentis, ut perdatur, ita cavetur *in d. l. haec autem* cujus haec sunt verba.

Haec autem jura similiter, ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore non utendo pereunt: nisi quod haec dissimulanda est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucupiat: veluti si aedes tuae aedibus meis serviunt, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas praefixas habuero, vel obstruxero: ita demum jus meum amitto, si super hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris: alioquin, si nihil novi feceris, retineo servitutem. Iterum, si tigni immissi aedes tuae servitutem debent, et ego exemero tignum, ita demum amitto jus meum, si tu foramen, unde exemptum est tignum, obturaveris, et per constitutum tempus ita habueris, alioquin, si nihil novi feceris integrum jus meum permanet. Et quod servitutes denominentur a praedio dominante non autem serviente probat *Alberic. in leg. de pupillo ℓ. sextus pedius ff. de novi operis nunciat.* n. 2.

Si vero servitus itineris, vel viae, vel actus sunt quidem
concessae domui, attamen quia aedificium est in villa, et ibi 10
conducuntur fructus super aream ad eos triturandos, et reponendos in eadem domo, et ut potius principaliter est concessa pro conducendis fructibus ex praediis rusticis; tunc potius dicenda esset servitus rustica, quam urbana, quia etiam aedificium censetur constructum ad beneficium praediorum rusticorum, ut facilius coli possent praedia rustica, et, ut uno verbo me expediam, censetur concessa potius pro operibus rusticis, et ut possint evacuari fructibus productis, ut probat *idem Cuepola loco cit.* Caeterum quando non duceretur plaustrum, sed solummodo concessa esset via, ut jumentis commoda iri ad habitationem seclusis operibus rusticis, nihilominus dicenda esset servitus urbana, et hoc magis procedet, quando concessum esset iter tantum per quod ire poterat homo solus, vel equitando, ut domum ire possit, eo in casu non est dubitandum, totam concessionem, esse pro fundo urbano. Prout etiam recte advertit *Caepola loco cit.* quando servitus viae, vel itineris esset concessa pro area ad reponendos fructus, quia tunc agitur de operibus rusticis, rustica dicetur servitus, si autem area simpliciter inservit aedificio, et in eo non exercentur opera rustica, et ipsa dicetur urbana servitus.

Haec eadem doctrina magis comprobatur, et dilucidatur, si sequamur dicta Pauli J. C. *in l.* 3. *ff. de servitutib.* ubi constituit servitutes, alias esse in praedio, seu solo, alias in
superficie; haec sunt ejus verba. *Servitutes praediorum in* 11
solo, aliae in superficie consistunt. Quae in solo consistunt dicuntur rusticae, veluti quia debentur praedio, quae vero consistunt in superficie dicuntur urbanae, sic explicat *Glos. in eadem l in verbis, in solo*, quapropter quia aedificium consistit in superficie soli, jure et merito dicitur urbanum praedium, et servitus, quae ei debetur urbana, licet debeatur a praedio rustico, ut notat *Jason in ℓ. aequi si* n. 23. *et n.* 24. habet haec verba, hinc est quod licet via sit servitus rustica *l.* 1. *in principio ff. de servit. rustic. praed.* tamen si servitus viae debeatur alicui domui, censebitur servitus urbana, inspecto fundo, cui debetur. Ita dixit glos. notabili, *in l. pater filiae ff. de servit. legata.* quamvis Nicolaus de Neap. voluerit, quod si debeo servitutem viae, vel itineris per fundum meum ad domum tuam, quod ista dicatur servitus rustica inspecto solo, quod debet servitutem, et refert idem Jason verba ejusdem auctoris dicendo, subjiciens unum, quod est mihi mirabile, quod indistincte, quando servitus debetur solo semper dicitur rustica si non debeatur superficiei, puta tigni immittendi, vel stillicidii recipiendi, quia tunc dicetur urbana per dictum textum, *in l. servitutes*, 3. *supra extensa ff. de servitutib.* nihilominus advertit Jason, ut non recedamus a prima expositione contra Nicolaum, nempe, servitutem urbanam denominari a praedio urbano, licet servitus in se videatur rustica, cum de natura sua iter, actus, vel via sit rustica; attamen, ut diximus, servitus denominatur a digniori praedio; si enim debeatur urbano praedio urbana servitus dicetur, quia eidem inservit, et si debeatur praedio rustico, dicetur rustica.

QUAESTIO III.

An in servitutibus urbanis, et in rusticis dentur servitutes negativae, et affirmativae, videlicet, quae verbis affirmativis concipiantur, et verbis negativis.

SUMMARIUM

1. Servitutes urbanae affirmative conceptae hic enumerantur.
2. Servitutes urbanae negative conceptae hic enumerantur.
3. Servitus stillicidii duplex est, alia est avertendi, seu derivandi, et concipitur verbis affirmativis, alia est non avertendi, et concipitur verbis negativis
4. Stillicidium dicitur a stilla.
5. Servitus fluminis quaenam dicatur.

Quod servitutes urbanae nulla est difficultas, quia dentur 1
urbanae servitutes verbis affirmativis conceptae, et sunt novem. Quarum prima est stillicidium avertendi. Secunda itineris, vel aditus. Tertia oneris ferendi. Quarta tignum immittendi. Quinta projiciendi. Sexta protegendi. Septima pro-

spectus. Octava luminum, Nona altius tollendi. Negativae au-
2 tem urbanae sunt quatuor. Prima est altius non tollendi. Secunda ne luminibus officiatur. Tertia ne prospectui officiatur. Quarta stillicidium non avertendi. In servitutibus autem rusticis non dantur servitutes negative conceptae, de quibus postea suo loco tractabimus, quando discurremus de illis in tractatu seu in capite proprio de servitutibus rusticis; accedendo ergo ad primam servitutem urbanam verbis affirmativis conceptam. Nempe ad stillicidium avertendum.

Haec servitus ita stillicidii duplex, alia est avertendi, seu
3 derivandi, et concipitur verbis affirmativis. Alia est servitus non divertendi, et concipitur verbis negativis. Servitus ergo stillicidii avertendi, et derivandi, est jus derivandi, vel divertendi aquam pluvialem supra suum tectum e coelo cadentem, vel in aedes, aut in area, aut fundo vicini probat textus in leg. prim. ff. de servitut. urbanor praedior, in illis verbis. Item stillicidium avertendi, in tectum, vel aream vicini
4 [illegible] textus in l. servitutes, 19. §. si antea ff. eod. tit. Dicitur stillicidium a stilla, cujus diminutivum est stiria, hoc est, illa aquae gutta, quae cadit glacie pendente, ex qua aqua guttatim cadit ut apud Nizolium videri potest.

5 Ad hoc stillicidium reducitur servitus fluminis, et est jus, quo vicinus cogitur pati, ut aqua pluvia in canalem, vel alveum meum plumbeum, vel ligneum recepta in suas aedes cum impetu feratur, ut indicant verba Justiniani in §. 1. instit. tit. de servit. rust. et urba. praed in illis verbis. Ut stillicidium, vel flumen recipiat quis in aedes suas, vel in aream, vel in cloacam. hoc unum est, et pro eodem usurpatur, licet stillicidium proprie versetur circa aquam pluvialem, quae guttatim cadit per tegulam, sive per canalem. Verumtamen verbum illud flumen proprie reducitur ad canalem, sive plumbeum, sive ligneum. Exemplum esse potest, in subgrundiis domus meae, quae pro majori commoditate ejusdem domus guttatim cadunt in canales totam meam domum circumferentes, et ad obviandum, ne aqua pluvialis cadat in aream, vel in curtem ad majorem commoditatem ea utendi, qui postea canales in unum reducuntur, et eam introducunt in canalem plumbeum, vel ligneum mei vicini, et quas aquas jure servitutis tenetur vicinus recipere, et eo in casu, quia illa aqua cum aliquo impetu defluit ideo dicitur flumen ad differentiam stillicidii, quibus positis, investigandum est postquam collocatum est stillicidium, an possit mutari, et [illegible] sit.

QUAESTIO IV.

An dominans possit mutare stillicidium postquam fuit sucessa deductum.

SUMMARIUM

1. Dominans an possit mutare stillicidium post quam vero, et realiter est constructum.
2. Dominans potest quidem meliorem facere conditionem servientis, non autem deteriorem.
3. Stillicidium altius tolli potest, non autem inferius dimitti potest, quia fit gravior servitus.
4. Dominus serviens an possit impedire dominantem, ne stillicidium mutet, licet sit in sui favorem.
5. Aemulatio plurimum potest in materia servitutum, et quantae virtutis sit aemulatio.
6. Quod tibi non nocet, et alteri prodest venit concedendum, licet jure deficiamur.

Casus est: dominans vult mutare formulam stillicidii, verbi gratia, stillicidium casitabat per tegulam, modo dominans intendit tale stillicidium mutare, et illud facere tabulatum, vel ex alia materia, et extat decisio textus in l. servitutes, 19. §. si antea ff. de servit. urba. praed. in haec verba. Si antea ex tegula casitaverit stillicidium, postea ex tabulato, vel ex alia materia casitare non potest.

2 Verum, si detur casus, quod totum tectum meum, seu stillicidia, vel grundia cadant supra tectum vicini mei. et ego vellem facere stillicidium tabulatum ad hoc, ut aqua Pluvialis reducatur ad unum locum minus damnosum servienti, mihi videtur dicendum non obstante supra dicto textu, videlicet stillicidium casitans per tegulam non posse mutari in tabulatum, nihilominus in casu praesenti videtur dicendum, ut dixi, me posse illud mutare in tabulatum ad recipiendos omnes canaliculos ejusdem tecti, aquas pluviales recipientes, et ita protendere stillicidium ultra tectum vicini mei, ducendo dictam aquam pluvialem in alium locum ejusdem praedii servientis tollendo casitationem aquae pluvialis e tecto vicini mei.

Ratio autem est quia dominans potest quidem facere leviorem conditionem servientis, non autem deteriorem. Textus 2
ad literam in l. servitutes, 19. §. stillicidium ff. de servitutibus urbanorum praed. in haec verba. Stillicidium quoquo
modo acquisitum sit, altius tolli potest; levior enim fit eo pacto servitus: cum quod ex alto cadit, levius cadat, et interdum dispersum, nec perveniat ad locum servientem. Inferius demitti non potest, quia fit gravior servitus; pro stillicidio flumen. Ea de causa retro duci quoque potest stillicidium, quia in nostro magis incipiet cadere, produci non potest, ne alio loco cadat stillicidium, quam in quo imposita servitus est, levius facere possumus, acrius non, et omnino fatendum est, meliorem vicini conditionem fieri posse, deteriorem non posse, nisi aliquid nominatim in servitute imponenda immutatum fuerit. 3

Nec obstat si ex eodem §. opponatur, quod stillicidium casitans in aliquem locum non possit mutari in alio loco, nisi accedat consensus servientis, vel saltem in impositione servitutis ita expresse fuerit exceptum, seu conventum, nam hoc verificatur in stillicidio determinato in tali, vel tali loco, quo in casu cum sit diversitas in casitatione, non cadit dubium in propositum: nam ibi est dimittendum, ubi fuit constitutum, at in casu nostro stillicidium non cadit in uno loco tantum sed supra totum tectum servientis, qua propter evidenter potest hanc servitutem recipiendi aquas pluviales per singulos canaliculos ejusdem tecti, supra tectum serviens mutare; ideo divertendo singulos canaliculos in canalem tabulatum, vel plumbeum, qui canalis producat, et totam aquam pluvialem avertat in alium locum servientem minus damnosum ipsi servienti.

Sed dices si dominus serviens recuset tale beneficium persistendo, ut singulae grundiae, seu tecti canaliculi persistendo prout sunt, ita sint recusando dominus serviens illud beneficium cum sit regula beneficium non conferri in invitum et ideo vult me impedire, ne possim mutare stillicidium. 4

Ad hoc resp. vel hoc mihi negat ad aemulationem, forsan, quia praevidet me sensurum aliquam utilitatem, ex tali aqua pluviali, ut quia talis aqua possit duci, vel ad meam piscinam, vel etiam ad magis irriganda bona mea, et tunc non poterit me impedire, nisi ipse adversarius probet, vel damnum pati, vel aliquam utilitatem amittere, quo in casu videretur cessare aemulatio, alias hoc non docto cum intraret aemulatio, quae plurimum potest in materia servitutum tam impositarum, quam naturalium, ut expresse probavimus tomo 4. de Aquaeductu quaest. 76. n. 9. et quaest. 85. n. 15. et quantae virtutis sit aemulatio, copiose scripsimus eod. tom. 4. quaest. 11. n. 70. et quaest. 31. n. 57. quoties enim intrare posset aemulatio, vellet nolet, dominus serviens, posset mutari stillicidium, ex regula quod tibi non nocet et alteri prodest venit concedendum, licet jure deficiamur tex. ad literam in l. 2. §. item verus ff. de aqua pluvia arcen. in illis verbis, si velim aggerem restituere in agro ejus, quod factum quidem mihi prodesse potest, ipsi autem nihil nociturum est. Hoc aequitas suggerit, et si jure deficiamur. 5 6

QUAESTIO V.

An qui retinuit stillicidium per quadraginta annos casitans in alieno fundo, remaneat probata servitus stillicidii.

SUMMARIUM.

1. Stillicidium retinens, per 40 annos in alieno fundo, dicatur jure stillicidii ibi casitasse, et acquisita est servitus stillicidii.
2. Stillicidii servitus, non dicitur probata, per se aut lapsum temporis annorum 40. nisi etiam probetur, ibi jure servitutis stillicidium casitasse, ex Bursat.
3. Familiaritatis jure utens via, vel itinere, non acquirit servitutem.
4. Servitutem, qui praetendit in alieno fundo, quae debeat probare secundum doctrinam, Jo. de Amicis, cons. 50. n. 8.
5. Servitus ad normam, l. si quis diuturno usu 10 ff. si servitus vindicetur, acquiritur longo usu, et longa quasi praescriptione jus aquae ducendae, nec tenetur probare, quo titulo, sed ei sufficit, ut ostendat per annos tot se usum esse, non vi, non clam, non precario.
6. Servitus acquiritur probata scientia, et patientia adversarii, absque ulla distinctione.
7. Praescriptio rerum corporalium habet locum in juribus incorporalibus.
8. Bona fides requiritur in acquirenda servitute, nec et possideat, nec vi, nec clam, nec precario.

9. Bona fides quomodo probetur in servitutibus ad effectum illas acquirendi, veluti per aliquod factum, vel per famam, etc. vel etiam proprio juramento.
10. Interdictum de itinere, actuque privato; vel aquae quotidianae, et aestivae tunc competit, quando saltem per triginta dies quis iverit per fundum alienum, non vi, non clam, non precario, et alterum vi una nocte, vel die aqua ducta est, probando, se jure servitutis ivisse, vel aquam duxisse, videlicet, aliquo modo probando suam credulitatem, vel per famam viciniae, vel aliquo modo
11. Testes in interdicto, vel de itinere, actuque privato, vel de aqua quotidiana, vel aestiva debent deponere, eos jure servitutis ivisse, quod verum est in probanda servitute, et ita sunt intelligendi auctores in principio quaestionis citati.
12. Servitus decennio, vel vicennio acquisita non exigit in probatione scientiam, et probetur expresse credulitas ex parte acquirentis, quia longa quasi possessio supplet hanc probationem, excedente scientia, et patientia servientis, sed limita, ut n. sequenti.
13. Limitatur hoc dictum non habere locum, quando expresse constaret de usu jure familiaritatis, non servitutis, vel jure consanguinitatis.
14. Praescriptio immemorabilis non juvat, quando constat de titulo vitioso

1 Hanc quaestionem proponit *Carpanus ad statuta Mediolani* 339. *n.* 4. *tom.* 2. dicendo stillicidii servitutem quem non probare, si dominans habuisset usum stillicidii, per quadraginta annos, nisi probetur, dominantem talem usum habuisse jure servitutis, fundatur autem haec opinio in *consil.*
2 *Bursati* 111. n. 16. *tom.* 1. per haec verba. *Nec insuper jus servitutis stillicidii allegari potest, ut ipsi praetendunt, cum non sufficiat probare tanto tempore, etiam quadraginta annorum continuasse stillicidium in tali loco, et super tali solo vicini fuisse, et aquam defluxisse; sed necessario probandum, et deducendum sit etiam jure servitutis usum stillicidio fuisse, et alia multa, quae minime in capitulis dictae partis deducta, vel probata lego.* de quibus per Parisium *consil.* 112. *n.* 37 *vol.* 1. *late Johannes de Amicis*, *consil.* 50. *et* 57. Haec Bursatus.

Quae autem adducit Parisius *d. consil.* 112. *n.* 37. sit notandum esse ad hoc, ut isto modo quaeratur servitus, quod quis ea utatur dicto tempore jure suo, et jure servitutis ad formam tex. *in l. servitute usus* 15. *ff. quemad. servit. amit.* per haec verba. *Servitute usus non videtur nisi is, qui suo jure uti se credit: ideoque si quis pro via publica, vel quis pro alterius servitute usus sit, nec interdictum, nec actio utilis competit. quia potius censetur tali re uti jure familiaritatis non jure servitutis l. qui jure familiaritatis, ff. de*
3 *acquir. poss.* et quamplures alias auctoritates adducit, ex quibus deducit conclusionem, quod quando quis non est usus suo jure, et jure servitutis, sed potius jure facultatis, seu amicitiae, et familiaritatis, vel consanguinitatis, licentiae, seu permissionis numquam hoc modo dicetur praescripsisse servitutem, nec illam acquisivisse, etiam si ita usus fuisset per annos mille, et per tantum tempus, in cujus contrarium non extaret memoria.

4 Ea autem quae tradit Johannes de Amicis *consil.* 50. *n.* 8. ita loquitur, *quod si quis intendit acquirere servitutem per usum, scientiam, et patientiam adversarii debet specifice ponere, articulare, et probare per testes, quod ipse usus fuerit jure suo, hoc est declarare per verba expressa, quod ipse utitur servitute foraminis, et re ipsa serviente per actum servitutis, quam habet, et quam adversarius passus est, et quod, nec facto, nec verbo contradixit.* Item debet ponere, et probare, quod adversarius contra quem vult acquirere et praescribere servitutem, sciebat, quod ipse utebatur jure servitutis, item quod non vi, clam, vel precario possederit, et nisi ita testes deponant, non probat servitutem, nec praescriptionem per quamplures auctoritates, quas ipse citat.

Hoc idem confirmat *in consil.* 57. *n.* 7. per haec verba. Praeterea volens acquirere hujusmodi servitutem per usum, scientiam, et patientiam adversarii, contra quem vult praescribere et acquirere debet, specifice probare per testes, vel aliter legitime, quod ipse fuerit usus jure suo, hoc est declarare per verba expressa, quod ipse utitur signo per actum servitutis, quam habet, et quod adversarius patiebatur, nec facto, vel verbo contradicebat, et si contradicebat, nihilominus servitute usus, est tempore praedicto. Item debet etiam probare, quod adversarius, contra quem vult acquirere, et praescribere, sciebat quod ipse utebatur jure suo, hoc est jure, servitutis, et nisi ita dicant testes non probant.

5 Verumtamen attenta haec sententia prout jacet, ut loquuntur praecitati auctores est ex diametro contra textum *in l. si quis diuturno*, 10. *ff. si servitus vindicetur.* in haec verba. *si quis diuturno usu, et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus sit, non ei necesse est docere de jure, quo aqua constituta est: veluti ex legato, vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot, usum se non vi, non clam, non precario possedisse.*

Deinde est contra textum *in l. si aquam* 10. *c. de servitutibus, et aqua*, in haec verba. *Si aquam per possessionem Martialis, eo sciente, duxisti; servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti. Quod si ante id spatium ejus usus interdictus est, frustra sumptus in eam rem factos praestari tibi postulas, tum in aliena possessione operis facti dominium, quod in eadem causa manet, ad eum pertineat, cujus est possessio.* 6

Deinde est contra textum *in l. fin. cod. de praescript. longi temporis decem, vel viginti annorum*, ubi imperator nullam facit differentiam quoad praescriptionem inter res corporales, et jura incorporalia, veluti sunt servitutes, in haec verba. *Sic igitur secundum hanc definitionem causa perfectissime computata, et nemo post hac dubitet, neque inter praesentes, neque inter absentes quid statuendum sit pro bono initio possessionem tenentis; et utriusque partis domicilio requisito sit expedita quaestio pro rebus ubicumque positis. nulla scientia, vel ignorantia expectanda, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio, eodem observando, et si res non soli sint, sed incorporales, quae in jure consistunt, veluti ususfructus, et caeterae servitutes.* 7

Ex quibus juribus clare deducitur si adsit bona fides in possidente, et usi non possideat, nec vi, nec clam, nec precario sufficit ei docere se usum fuisse tali servitute, sive aquaeductus, sive stillicidii, sive tigni immissi, per tempus a l. constitutum ad acquirendam servitutem, quod eidem possidenti inservit pro titulo acquisitae servitutis. Hinc non bene dixerunt praecitati auctores, etiamsi quis possedisset, vel usus fuisset stillicidio, vel tigno injuncto, per quadraginta annos, ut nihilominus teneatur docere, se usum fuisse jure servitutis, et imo ut teneatur exprimere talem possessionem, vel quasi ratione servitutis sibi competentis, et ita etiam testes teneri ita deponere. Et ita venit intelligendus Ciriacus *controvers.* 568. n. 16. quia, et ipse dixit non sufficere, ad constituendam stillicidium cecidisse jure servitutis in eo loco, in quo cadit stillicidium, vel aqua defluit, per talem locum spatio quadraginta annorum, nisi deducat, et probet, id jure servitutis fecisse, ex doctrina Pauli de Castro *in l. final. ff. quemadmodum servitutes amittuntur*, nam et idem Paulus de Castro non loquitur contra nostram conclusionem, sed quando a principio constabat, acquirentem, vel saltem praetendentem acquirere servitutem, hoc fecisse jure familiaritatis, vel ut melius, quia credebat viam, per quam ibat esse publicam, et ratione talis publicitatis credidit, se potuisse ire per talem viam; in hoc enim casu, quia constat, talem euntem non habuisse animum acquirendi servitutem, idcirco etiam si per mille annos ibi ivisset, non propterea acquisivisset servitutem itineris, vel actus, et ita loquitur Castrensis. Igitur qui habuit stillicidium, cadens in fundo alieno sciente, et patiente domino fundi, in quo cadit, quando non constet de principio, dominum stillicidii, non habuisse animum acquirendi servitutem, utique eam non acquisivisset. Nostra igitur quaestio consistit absolute, an qui per quadraginta annos habuit stillicidium cadens in fundo alieno acquisierit servitutem, et responsio est affirmative fundata *in dicta l. si aquam, d. c. de servitutibus, et aqua, et in l. si quis diuturno usu,* 10. *ff. si servitus vindicetur, et sunt in terminis, dummodo concurrat scientia domini fundi.* 8

Hoc inquam falsum est, quia sufficit, testes deponere Titium, exempli gratia, se usum fuisse stillicidio, vel tigno, per decem, vel viginti annos juxta legum dispositionem, non requiritur quidem bona fides, ut probavit Justinianus *in d. l. final. c. de servit. et aqua in d. vers. sancimus.* Bona autem fides praesumitur si per possessorem, vel quasi probetur aliquod factum, per quod idem possessor credidit, vel credere potuerit, sibi competere servitutem, licet in facto erret, attamen iste error illi prodest ad inducendam bonam fidem ex tex *in l.* 1. § *sed si jure, ff. de aqua quotid. et aestiva.* De quo fusius inferius discurremus, debet enim probare hanc suam credulitatem, veluti, si erat fama in illa vicinia eum habuisse servitutem stillicidii, vel tigni etc. vel per aliqua signa, ut diffuse locuti sumus *libro* 1. *de aquaeductu.* c. 6. *quaest.* 9. *a n.* 46. *et ad* 47. vel etiam potest probare possessor suam credulitatem proprio juramento, ut diximus loco citato. 9

Sed quid in arenam aedificare. Haec enim proprie possunt habere locum, quando sumus in interdicto, vel de itinere, actuque privato *in l.* 1. ubi cum quis possit ire per fundum alienum, et jure familiaritatis, et jure servitutis. Enim vero 10

ut, exempli gratia, ivit per fundum alienum per decem, aut quindecim annos, vel etiam viginti non possumus dicere hunc ivisse jure servitutis, sed jure familiaritatis; et quando per triginta vices, seu melius per triginta dies, ut probat §. hoc interdicto in d. l. 1. in dictis verbis. *Si modo hoc anno usus est, vel modico tempore, idest non minus quam triginta diebus.* Quo in casu non censetur ivisse jure familiaritatis sed servitutis, verum quidem est ad fundandam hanc veritatem, se jure servitutis ivisse, tenetur omnino probare se jure servitutis ivisse, hoc est demonstrare expresse fundamentum suae credulitatis, se ivisse jure servitutis, veluti diximus superius si vicinis audivit eos affirmare eidem competere jus eundi per talem fundum Titii, exempli gratia, quum demonstret se qualequale habere fundamentum, sibi competere jus eundi jure servitutis, tunc induxit, et probat suam bonam fidem ad formam textus in *l. 1. §. Aristo. ff. de aqua quotidiana, et aestiva.* in haec verba, *Aristo putat, eum demum interdictum hoc habere, qui se putat suo jure uti, non eum qui scit, nullum se jus habere, et utitur*, et clarius in eodem *l. in §. caput. aquam in verbis sed, et si jure aqua non debetur alicui: si tamen jure ducere se putavit, cum non jure, sed in facto erraverit, dicendum est, eoque jure utimur ut interdicto, hoc uti possit. Sufficit enim si jure se ducere putavit nec vi, nec clam, nec precario duxit.* Hoc est enim fundamentum utriusque interdicti, et de itinere, actuque privato, et de aqua quotidiana et aestiva. Differunt tamen inter se, quia in interdicto *de aqua quotidiana, et aestiva*; ad illud intentandum sufficit probare, se una die tantum, vel nocte aquam duxisse, juxta dispositionem *dict. l. 1. §. quod autem. ff. de aqua quotidiana etc.* in illis verbis. *Quod autem scriptum est in interdicto hoc, ut si hoc anno, aquam duxisti, hoc est; non quotidie, sed hoc anno, vel una die, vel una nocte*, et ratio hujus decisionis est, quia actus ducendi aquam, est ultra praejudicialis, et non potest fieri jure familiaritatis, regulariter loquendo, quod secus est in interdicto de itinere, actuque privato, ubi potest jus familiaritatis facillime cadere, prout supra diximus.

11 Haec quidem habent locum in dictis interdictis ad acquirendam quasi possessionem servitutis, quia agitur de modico tempore, scilicet; de uno, de duobus annis tantum, quia agitur de recenti, quo in tempore requiritur; ut acquirens quasi possessionem, vel itineris, vel aquae ducendae, vel tigni, vel stillicidii, ut probetur, acquirentem se credidisse competere jus servitutis, vel eundi, vel aquam ducendi, vel stillicidii, vel tigni, aliter non poterit obtinere, et ita sunt intelligenda, quae affirmarunt supra citati auctores.

12 Caeterum loquendo de servitute decem annorum inter praesentes, et viginti inter absentes non tenetur acquirens in probanda servitute demonstrare expresse suam credulitatem ad obtinendam servitutem, vel ad titulum ejusdem servitutis probandum, sufficiens erit acquirenti demonstrasse, per decennium, vel vicennium se usum fuisse servitute, vel itineris, vel aquaeductus, vel stillicidii, vel tigni sciente, et patiente domino serviente, quia scientia et patientia cum usu tali temporis dant fumum boni juris dominanti ita credendi sibi servitutem competiisse, aut competere, et patientiae ipsius domini servientis, tacendo, et non contradicendo per totum temporis spatium, quia scientia, et patientia cum usu stant loco traditionis *l. quoties, 20. ff. de servitutib.* in illis verbis. *ego puto usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse, ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.*

Igitur doctrina per supradictos doctores allata habet locum in interdicto de itinere, actuque privato, vel in interdicto de aqua quotidiana, et aestiva, cum per modicum temporis spatium possit acquiri quasi possessio, vel eundi per fundum alienum, vel aquam ducendi, non est conveniens, ut statim possit acquirere quasi possessionem servitutis, vel itineris, vel aquaeductus, aut stillicidii, aut tigni, nisi praetendens acquirere quasi possessionem probet fundamentum suae credulitatis, se credidisse ivisse itinere, vel aquaeductu jure servitutis, quod hoc inservit pro probanda bona fide acquirentis ad formam interdicti de itinere, etc. vel de aqua, ect. demonstrando juxta formulam praetoris, non vi, non clam, non precario ivisse, vel duxisse, quo in casu omnibus his verificatis praetor pollicetur manutentorum quasi possessorem in sua quasi possessione, et ita testes debent deponere, quando producantur, ad effectum probandi quasi possessionem pro illius manutentione.

13 Limitanda tamen esset nostra conclusio juxta supracitatam doctrinam, quando expresse constaret de usu servitutis, non jure servitutis, sed jure familiaritatis, vel jure consanguinitatis, quo in casu licet lapsi essent quadraginta anni, et plus, non propterea diceretur acquisita servitus vel itineris, vel aquaeductus, vel stillicidii, aut tigni. Probatur autem hac ratione, quia siculi praescriptio immemorabilis, non currit, quando constat de titulo vitioso a principio, ex qua regulariter praesumitur bona fides: attamen, quando constat de titulo vitioso a principio nullum producit effectum, nec juvat in obolo se fundaverit in ea, ad *diffuse notata per Castillum de tertiis decimarum, cap. 26. lib. 6. n. 31. usque ad 47. et sequentes*, et praecipue versiculo, *adhuc tamen*, et in terminis *Petrus Barbosa in rub. cod. de praescript. 30. vel 40. annorum n. 349.* in haec verba, *et generale est, quod ubi constat titulum vitiosum dedisse causam praescriptioni. illa non habet locum etiam si immemorialis sit*, et *n. 353 et 354.* respondet ad contraria, quod licet in immemorabili non requiratur titulus, requiritur tamen bona fides. si ergo titulus est vitiosus, vel nullus, tunc resultat mala fides, et praescriptio interrompitur. Si ergo haec habent locum in immemorabili, quanto magis habebunt locum in praescriptione quadraginta annorum, quinquaginta, sexaginta, imo et centum annorum, dato enim caso, quod probetur ex parte servientis stillicidium, seu tignum, exempli gratia, fuisse factum concessionem, vel jure familiaritatis, vel jure consanguinitatis, utique in eo casu tale tempus non suffragabitur acquirenti quia constat ab initio de mala fide ipsius acquirentis, videlicet, non habuisse animum acquirendi servitutem, seu se usum non fuisse stillicidio, vel tigno jure servitutis, sed tantum jure familiaritatis, vel consanguinitatis. Et hoc poterit inservire pro concordia talis doctrinae supracitatae cum nostra sententia. Et quia hic agitur de actibus jure familiaritatis, vel consanguinitatis factis, ideo proponemus quaestionem quando actus in materia servitutum censeatur facti jure familiaritatis, et consanguinitatis, de quibus diffuse locuti sumus *tom. 4. de aquaeductu, quaest. 30.* Licet ibi explanaverimus hanc materiam, attamen si me remitterem ad dictam quaestionem sequi posset inconveniens, quo in illa provincia, ubi iste tractatus de servitutibus posset transmitti, quod in eadem non pervenerit opus nostrum in quatuor voluminibus consistens de aquaeductu; ne lector remaneret delusus in tali materia, propterea non me piget de novo circa hanc materiam discurrere etiam cum majori claritate pro instructione humanissimi lectoris: sit igitur. 14

QUAESTIO VI.

Quinam actus in materia servitutum dicantur facti jure familiaritatis, vel consanguinitatis an vero jure servitutis.

SUMMARIUM.

1. Actus in materia servitutum quinam dicantur facti jure familiaritatis, vel consanguinitatis, vel jure servitutis.
2. Interdictum de itinere, actuque privato, quae requirantur ad hoc, ut competat.
3. Actus valde praejudiciales concurrente scientia, et patientia. Adversarii excludunt actus familiaritatis, et quinam dicantur tales actus etc.
4. Dominus serviens sciens, adversarium, suum divertere stillicidium in area sua tenetur reclamare, vel inhibere per denunciationem novi operis, et etiam cum armis, servato moderamine inculpatae tutelae, et quomodo etiam si vi fuerit dejectus, et videndum est n. 10.
5. Praetor ut suum interdictum concedat hoc de itinere, actuque privato, sive de aqua quotidiana, et aestiva, vult, quod ab adversario, acquiratur, eo sciente.
6. Relativum, ab *illo*, in interdicto de itin. actuque privato, sive de aqua quotidiana, et aestiva, et aliis, demonstrat ocularem inspectionem, seu demonstrationem, et refertur actum ad nominatum in proximo versiculo.
7. Monosyllaba, ab illo, natura sua includit terminum a quo, quando conjungitur termino, qui ponitur inclusive, et hujusmodi dictiones quando ponuntur in dispositione, in qua jungitur actus cum tempore quod est de initio ipsius, tunc stant inclusive.
8. Credulitas dominantis putantis se suo jure uti, probatur ex aliquorum dictis.
9. Servitus secundum Bartholi doctrinam, quam hic auctor amplectitur, probatur, probata scientia, et patientia adversarii.
10. Innocentius confirmat nostram doctrinam pluribus exemplis, ut n. 3. et 4. supra.
11. Primogenitus ex dispositione testamentaria, ipse solus habebat facultatem eligendi officiales in suis feudis, ipse habens alium fratrem eundem admisit ad talem electionem; an talis frater secundus genitus acquisierit aliquod jus in tali electione, ita ut primogenitus non possit ipse solus eligere, hic discutitur, sed vide n. 12. ubi resolvitur cum distinctione

12. Distinctione resolvitur quaestio, ut bis refertur, habita solutione ad n. 11.
13. Dominus serviens, si velit impedire dominantem, remedium est opponere, illum non eum usum fuisse servitute jure familiaritatis, et duo sunt probanda, ut hic.
14. Res quaelibet libera praesumitur, nisi probetur serva.
15. Arbitrium judicis plurimum potest in actibus praejudicialibus pro servitute acquirenda, vel non, quando videlicet dicantur facti jure familiaritatis, vel jure servitutis.

1 Certum est in dubio non quoslibet actus esse sufficientes ad inducendam credulitatem, illamque probandam utentem uti jure servitutis; nam ut in praecedentibus quaestionibus demonstravimus, actus eundi per fundum alienum per tres quatuor, vel quinque vices, imo per quindecim, vel viginti vel etiam per viginti quinque dies non sufficere ad demonstrandum utentem suo jure putare, se uti, nisi saltem concurrant triginta dies ex *leg. 1. §. hoc interdicto, ff. de itiner. actuque privat.* quo in casu per actuum frequentiam, et per tale tempus videtur induci quamdam praesumptionem, utentem suo jure uti, imo sufficere ad hoc interdictum tale tempus, ut praetor ad formam text. *in l. 1. ff. de itinere, actuque privato* possit concedere mandatum de manutenendo acquirenti, qua propter
2 dixit: *quo itinere, actuque privato, quo de agitur, vel via, hoc anno, nec vi, nec clam, nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto,* juncto *dicto §. hoc interdicto,* quo disponitur saltem per triginta dies uti debuisse itinere, vel via. Idem procedit in interdicto de aqua quotidiana, et aestiva, in quo non requiritur tantum temporis spatium, nempe triginta dies, sed sufficere, si una die, vel una nocte tantum aquam duxerit ad acquirendam quasi possessionem se manutenendi in ea. Ea ratione quia hic actus est nimis praejudicialis, et non potest ita de facili dici jure familiaritatis actum esse.

3 Quibus stantibus a fortiori idem venit dicendum in stillicidio, vel tigno injuncto; quia hujusmodi actus cum de sui natura sint valde praejudiciales excludit praesumptionem familiaritatis, vel consanguinitatis; nam si, verbi gratia, vicinus meus suum stillicidium divertat in area mea, vel fundo, certum est hoc non facere jure familiaritatis, sed jure servitutis, praecipue quando concurrit scientia, et patientia adversarii; nam haec operatur favore acquirentis (quando non inhibeat,) ut censeatur probatum, se usum fuisse suo jure, scilicet servitutis, ita ut si postquam vicinus diverterit suum stillicidium in fundo meo, et statim non reclamavero, vel per denunciationem novi operis eidem inhi-
4 bendo, ne divertat tale stillicidium, vel in incontinenti vim non repulerim, resistendo etiam per vim, semper cum moderamine inculpatae tutelae, scilicet incontinenti, non ex intervallo, *l. 3. §. cum igitur, ff. de vi, et vi armata* in haec verba, *cum igitur, qui cum armis venit, possumus armis repellere: sed hoc confestim, non ex intervallo: dummodo sciamus non solum resistere permissum, sed ejiciamur; sed et si dejectus quis fuerit, eumdem dejicere, non ex intervallo, sed ex incontinenti posse:* alias si dilabitur aliquod temporis spatium non possumus illum amplius dejicere, et respectu transacti temporis possessor acquirit possessionem, vel quasi, ut in ea manutenentur, donec, et usque quo jura amborum partium discutiuntur.

Hinc jure optimo, et maximo dicit praetor *in l. 1. ff. de itinere, actuque privato. in l. 1. ff. de aqua quotid. et aestiv.* et in caeteris aliis interdictis: quotiescumque quis, exempli gratia, diverterit suum stillicidium in fundum meum, non vi, non clam, non precario, quod idem est ac dicere, bona fide credendo sibi competere jus taliter operandi, ex facto demonstrat suam credulitatem, tenendo se jure servitutis eo uti, et ideo quando nec vi, hoc est per violentiam non imposuerit stillicidium in fundo meo, nec clam, videlicet clandestine operando, expectata absentia domini fundi servire debentis, vel precario, idest si stillicidium non per precarium fuerit concessum, ille dicetur in bona fide.

Imo si recte ponderentur verba praetoria tum in interdicto de itinere, actuque privato, tum de aqua quotidiana, et aestiva, tum de rivis, tum de fonte apparebit, praetorem velle, praetendentem acquirere quasi possessionem, ut acquirat
5 sciente, et patiente domino debentis servire. Enim vero notandum est, praetorem in sua formula dicere, veluti in itinere, *non vi non clam, non precario ob illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto.* Notandus est in primis modus loquendi praetoris, cum illis duabus dictionibus, *ab illo,* quae important, ut omnino, adsit scientia, et patientia illius, a quo utitur itinere, vel via, alius illud relativum, *illo,* esset frustratorium, imo superfluum. Sed hoc est falsum, nam verba legis debent suum operari effectum.

Quare illud relativum *ab illo* significat oculorem, et ex- 6
pressam demonstrationem, *Surd. decis.* 125. *n.* 1. et refertur solum ad nominatum in proximo vers. egregie *Gabriel. cons.* 127. *n.* 5. *tom.* 1. *Augustin. Barbos. de diction.* 147. *n.* 1. *et seqq.* et praecipue juncto illo monosyllabo, *ab,* cujus natura est includere terminum a quo, quando jungitur termino, qui ponitur inclusive, haec est doctrina singularis Baldi in *cons.* 457. *n.* 3. *vers.* dicendum est *lib.* 1. *quem probat Augustin. Barbos. de diction. dictione* i, *a, et ab, sub n.* 8 *et seq.* ubi *n.* 9. ait, quod quando hujusmodi dictiones ponuntur in dispositione, ubi jungitur actus cum tempore, quod est de initio ipsius, tunc stant inclusive.

Certum est ergo illam dictionem, *ab illo,* in praesenti ca- 7
su stare inclusive, exempli gratia, vicinus meus divertit stillicidium in fundo meo, seu in area mea me sciente, et patiente, et eo stillicidio utitur vicinus meus me non contradicente, certe vicinus meus dicetur uti eo stillicidio a me, ita ut si labatur aliquod temporis spatium, imo si lapsum sit decennium inter praesentes, et vicennium inter absentes dicetur acquisivisse servitutem stillicidii, probato quod eo usus sit patiente adversario, et sciente absque eo, quod aliud requisitum teneatur probare, nam ex eodem facto, et ex tempore, mediante taciturnitate adversarii praesumptio est pro vicino, se divertisse tale stillicidium in fundum meum, eo quod putabat jure suo uti, ad formam textus *in leg.* 1. *in §. caput aquae: vers. sed etsi jure et in §. Aristo. eadem lege, ff. de aqua quotidiana, et aestiva,* dicendo: *Aristo putat eum demum interdictum hoc habere, qui se putat suo jure uti, non eum, qui scit nullum jus habere, et utitur.*

Et quando cogatur probare suam bonae credulitatem suf- 8
ficeret, si probaret ex aliquorum dictis audivisse, ei competere servitutem, vel ita ex ejus familia sic fuisse instructum, aut se audivisse a quibusdam fide dignis, quod sibi competeret jus divertendi suum stillicidium in fundo alieno. Aut si extaret fama per vicinium, vel si extarent aliqua vestigia servitutis, alias dicendum esse, eum clam quasi possidere, vel vi, aut precario, quae quasi possessio non esset manutenibilis, ut notat Bartholus *in §. hoc interd. n.* 5. *et c. l. in* 1. *ff. de itinere, act. privato.* imo aliqui volunt, quod talis quasi possessor possit per juramentum suum probare ejus credulitatem. Sed melius est
sequi Bartholum *in d. §. hoc interdictum,* probando ea, quae 9
saepius adduximus, itaut data scientia, et patientia domini praedii servientis, eaque probata, audeo affirmare, et intrepide dicere, hoc solum requisitum sufficere ad praescriptionem complendam, et servitutem acquirendam, inhaerendo, *l. si aquam* 2. *c. de servit. et aqua, et l. si quis diuturno usu* 10. *si servitus vindicetur.* in praecedenti quaestione extensis, absque eo quod aliud teneatur probare.

Nec ab hac nostra doctrina dissentit Innocentius *in c. bonae,*
4. de postulat. praef. super verbo requisitis, quando fiunt 10
actus, qui sunt valde praejudiciales, et praesumi non possunt facti jure familiaritatis, sed jure servitutis in haec verba. Quaeritur cum lex dicat, quod ille, qui vadit per fundum alienum, vel actus facit, per quos quaeri potest aliqua servitus, vel jus, quod non quaerit possessionem servitutis, nisi eo animo faciat, quod credat se uti jure suo, *l. finali ff. quemadmod. servit. omittu. l. finali ff. de itiner. actuque privato.* quomodo constare debet de intentione. Et dicimus, quod debet constare per expressa verba utentis, quibus exprimat, se uti actu servitutis, intendens uti jure, quod habebat, nec alius contradicebat facto, vel dicto, sed patiebatur, vel potest intendere uti jure suo: id est, servitute, vel alio jure, tamquam suo, id est, non intendit uti illo actu, quasi ex gratia, sed quasi ex debito. (Notentur modo verba sequentia.) Potest etiam constare per actum, quem exercet, qui talis est, qui non potest conveniri de facili, nisi homini qui intendit, uti jure suo. Ut si interfuit electioni, in scrutinio, vel compromisso. Argumento infra *de praebendis, c. dilecto infra de electione, c. in genesi.* Item de illo, in cujus praejudicium dicitur acquiri possessio, debet constare per probationes ejusdem, qui vult quaerere possessionem, quod sciebat, quod utens intendebat uti jure suo, quia quando nescit, non fit ei praejudicium, *ff. de acquirend. possessio, l. clam. §. final.* Et potest constare, si ei dicebat, *ego,* intendo uti jure meo, et alius patiebatur, vel si eum uteretur, et alius, cui fit praejudicium prohibuit, et ipse, eo prohibente, usus est possessione servitutis. Et paulo inferius ait. Eodem

modo probatur, eum scire, quod credebat uti jure suo, si aliquis haec scierit, et sustinuit eum facere, quae non nisi possessoribus conveniunt, ut dictum est de electione. Has autem praesumptiones, quod intendebat, uti jure suo, et quod adversarius hoc sciat, ex pluribus praesumptionibus arbitratur judex, scilicet, ex multiplicatione actuum ex modo petendi, et faciendi, et ex aliis multis hujusmodi, et secundum eas refundet onus probationis in alterutrum. Haec ille.

Pro fundamento veritatis, existimo proponendum esse principium, ex quo possit cognosci, quando nam actus dicantur potius facti jure familiaritatis, vel consanguinitatis, non autem jure servitutis. Dato casu, quod agatur quandoque de actis nimis praejudiciali, ut nihilominus dicatur factus jure familiaritatis: in primis habemus exemplum deductum a *Paulo de Castro in leg. qui jure familiari. n. 2. ff. de acquirend. possess.* ubi habet haec verba *Per istam leg. dixi*
11 his diebus *consulendo*, cum dominus quarumdam terrarum habens tres filios disposuerit in suo testamento, quod primogenitus habeat dominium solus, et aliis debeat providere secundum condecentiam de vita ipsorum. Accedit, quod post mortem isti fratres steterunt in bona concordia, et simul per viginti, vel triginta annos, et simul ponebant officiales in illis terris, ac si dominium ad omnes aequaliter pertinuisset, postea venerunt ad discordiam. Et cum primogenitus diceret dominium ad se solum pertinere virtute testamenti, alii dicebant, quod illi juri renunciaverat, ex quo passus erat alios simul cum eo ponere officiales. Contrarium dicebam, quia non videtur hoc passus animo renunciandi, nec etiam in hoc fecit se animo quaerendi dominium, sed potius causa fraternitatis, et bonae concordiae, et familiaritatis per *istam l.* postquam constaret de jure primogeniti, et allegata, quod notat *Innocent. eleganter in cap. bonae il grande post principium de postulat. praelat.* ubi dicitur, quod debet considerare, quod ille, qui utitur re aliena fuerit usus tamquam jure proprio, vel sibi debito, ut sibi acquiratur, alias videtur usus jure familiaritatis facit. *l. 1. §. Aristo de aqua quotid. et aestiv. et l. fin. ff. quemadmodum servit. amitten.* ubi usus non videtur, nisi is, qui suo jure uti se credit, haec ille.

Veruntamen huic propositioni obstare videtur textus *in l. si aquam 2. c. de servit. et aqua*, ubi si quis aquam per possessionem martialis eo sciente duxit, servitutem exemplo rerum immobilium quaesivit, ergo non recte videtur locutus Castrensis *in d. l. qui jure familiar.*

12 Uno verbo me expediam ab hac doctrina distinguendo doctrinam Castrensis. Vel omnes fratres in eligendo officiales dixerunt in instrumento ad quos omnes jure dominii spectat electio officialium in dictis terris, et tunc resolutio, seu responsio est affirmativa omnes fratres habere dominium eligendi tales officiales jure proprio. Ita indicant verba illa *ad quos omnes spectat jus eligendi*, ex quibus verbis constat eos elegisse non jure familiaritatis, et consanguinitatis, sed jure dominii. Et ita probant citati textus. Si vero non constat per instrumentum neque per aliquam scripturam omnes fratres elegisse jure dominii, sed tantum simpliciter elegisse officiales: tunc et eo in casu concurro cum doctrina ejusdem Castrensis eos elegisse non jure servitutis, sed jure familiaritatis. Caeterum si constat de dictis verbis *ad quos omnes spectat jus eligendi*, licet constet ex testamento unum tantum esse dominum, attamen ratione illorum verborum *ad quos omnes spectat jus eligendi*, expresse concessa videtur facultas eligendi jure dominii, nam potuit esse, quod dicti fratres recesserint a dispositione testatoris propter aliquam inaequalitatem inter eos. Vel etiam contingere potuit, primogenitum renunciare voluisse favori suo, quia illa verba, sunt de se tam clara, ut non indigeant aliqua tergiversatione, et per consequens remanet sublata objectio deducta ex dicta *l. 2.* quae potest verificari in simili casu, quando constaret de magna familiaritate, seu consanguinitate, sum hac tamen circumstantia, quod si quis duxerit aquam per fundum martialis eo sciente, et patiente, si exempli gratia martialis concesserit jus ducendi aquam, ut posset facere aliquod incastrum a latere suae rugiae martialis ad ducendam aquam ad propria bona, quando impensa esset levis, posset utique dici tale incastrum jure familiaritatis factum fuisse, non jure servitutis. At si fecisset rivum, per fundum martialem ad aquam ducendam, pro suis bonis propriis, in qua constructione magna impensa requireretur, tunc resultaret praesumptio talem rivum fecisse jure servitutis non jure familiaritatis. Et ita sunt intelligenda ea quae diximus tomo 4. *de aquaeductu quaestio 30. a n. 34. ad 38.*

Caeterum quando dominus, qui servire debet cum suo fundo dominanti, recusat admittere talem servitutem, remedium 13
est, ut opponat dominantem usum esse tali servitute jure familiaritatis, vel consanguinitatis, et haec probare debet nempe familiaritatem, seu amicitiam strictam, vel consanguinitatem, quo in casu obtinebit intentum, etiamsi adversarius exempli gratia ivisset per fundum vicini per triginta dies ad formam textus in *l. qui jure 41. ff. de acquirendo, vel amitten. possessione*, in haec verba, *qui jure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videtur possidere, quia non eo animo ingressus est, ut possideat, licet corpore in fundo sit.* Hinc duo probare debet ad excludendum adversarium, eum jure servitutis ivisse per fundum meum. Primum est probandum talem fundum meum esse, vel per aliquem titulum, vel si notorie constet talem fundum esse a me possessum jure dominii. Secundum est, ut probem adversarium, licet per triginta dies iverit per fundum meum, nihilominus eum ivisse jure familiaritatis, vel consanguinitatis, probando eum fuisse amicum meum intrinsecum, vel consanguineum, et ratione amicitiae me permisisse, eum ire per fundum meum, vel jure consanguinitatis, ita concludunt omnes interpretes *in dict. l. qui jure videlicet Bart. Castrens. Immola, Alexander, Albericus, Raphael, Cumanus, et Ludovicus Romanus*;
et hoc comprobatur ex regula generali, quamlibet rem, seu 14
fundum liberum praesumi nisi probetur servitus. *l. altius, 8. c. de servit. et aqua l. cum eo 8. ff. de servit. urbanor. praedior. l. cujus aedificium 23 ff. eod. tit. de servit. urbanor.* et omnes sunt in terminis, *Glos. diffuse, in dict. l. Altius.*

Stat igitur firma conclusio, quod quotiescumque concurrit familiaritas seu melius jus familiaritatis, vel consanguinitatis, tunc actus potius dicantur facti vel jure familiaritatis vel consanguinitatis, non autem jure servitutis, etiamsi agatur de actibus nimis praejudicialibus, veluti in aqua ducenda, et etiam in avertendo stillicidium in fundum alienum juxta doctrinam communiter receptam a dd. *in d. l. qui jure 41. ff. de acquirenda, vel amittenda possessione*, ubi omnes interpretes, ut supra citati, veluti (ut ipsi exemplificant) in marito respectu bonorum uxoris extradotalium, vel in fratre respectu alterius fratris, aut in amico strictissima affectione obstricto suo amico valde confidenti, et ut latius explicant *Bart. Castrens. in dicta l. qui jure.* Caeterum quando non concurret unum ex his in actibus nimis praejudicialibus, non contradicente domino serviente ad formam doctrinae Innocentii supra relatae praesumuntur tales actus facti jure servitutis, et in hoc valde dominari debet judicis arbitrium, attentis qualitatibus, 15
et circumstantiis actuum agentorum, et inspecta tota negotii natura, et juxta ea omnia causam determinare poterit, habendo prae oculis, an concurrent magna expensa, et servitutis perpetuitas, veluti in aqua ducenda, et quando rivus est constituendus in fundo alieno, ubi ingentes expensae, regulariter loquendo, concurrunt, et exemplificando in stillicidio, seu in tigno, quoties enim stillicidium cadit in fundo alieno, statim enim ac impositum est, amplius non requiritur factum hominis, pro illius exercitio, vel continuatione, uti pariter est tignum, quando dominus serviens nihil probaret, nec de amicitia, nec de consanguinitate, et ex adverso dominans probaret scientiam, et patientiam domini servientis, tunc et eo in casu contra dominum servientem esset pronuntiandum, dominanti competere quasi possessionem servitutis, et si lapsum esset tempus legitimum ad praescribendam servitutem, ei competere servitutem illamque esse praescriptam, vel *decennio, vel vicennio ad normam textus in l. si aquam 2. c. de servit. et aqua.* Caeterum, si antequam labatur tempus ad legitime praescribendam servitutem dominus serviens inhibeat, tunc interrupta est praescriptio, et disceptetur causa in mero possessorio summariissimo circa quasi possessionem servitutis, vel aquaeductus, vel stillicidii, vel tigni ad formam pariter dictae legis, *si aquam*, supra citatae, in illis verbis, *quod si ante id spatium ejus usus interdictus est, frustra sumptus in eam rem factos praestari tibi postulas*, quia in alieno opus fecisti. Concluditur ergo, illos actus dici factos jure servitutis, qui valde praejudicant domino rei in quo fiunt, praecipue si non contradicat, vel etiamsi contradicat inhibendo, et non obstante tali inhibitione dominans perseveret in quasi possessione servitutis, alios actus exercendo, et non concurrentibus jure familiaritatis, et jure consanguinitatis.

QUAESTIO VII.

Quinam possit constituere servitutem stillicidii.

SUMMARIUM.

1. Servitutem stillicidii quis nam constituere possit.
2. Nemo potest imponere servitutem, sive activam, sive passivam, nisi qui habet praedium.
3. Aedificio quoque futuro, quod nondum est, constitui potest servitus.
4. Servitus futuro aedificio acquisita, non dicitur perfecte acquisita, quando nata erit actio confessoria.

1 Hanc quaestionem in genere proposuimna cum pluribus aliis in libro primo de aquaeductu, cum suis quaestionibus. Sed quia ut supra diximus potest contingere in illa regione: ubi poterunt hoc praesens, et futura volumina transmitti, absque eo, quod transmittantur quatuor volumina de aquaeductu cum in omnibus regionibus reperiantur aquae, sed in omnibus provinciis cadunt servitutes tum urbanorum, tum praediorum rusticorum. Hinc ne lector delusus remaneat in hac materia clariori methodo, et copiosiori proponam quaestiones, quinam possit constituere servitutes tum urbanas tum rusticas.

2 Nemo autem potest constituere servitutem activam, nisi qui habet praedium, et nemo potest constituere servitutem passivam, nisi pariter, qui habet fundum ad formam textus *in l. 1. ff. communia praediorum tam urbanorum. quam rusticorum* in haec verba: *Aedificia urbana quidem praedia appellamus. Caeterum et si in villa aedificia sint atque servitutes urbanorum praediorum constitui possunt. Ideo autem hae servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt. Nemo enim potest servitutem acquirere. vel urbani, vel rustici praedii nisi qui praedium habet, nec quisquam debere, nisi qui habet praedium.* Item probat Justinianus *in §. ideo autem. Institutionum titulo de servit. rustic. vel urban. praed.* haec sunt verba. *Ideo autem hae servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt. nemo enim potest servitutem acquirere urbani, vel rustici praedii nisi qui habet praedium, nec quisquam debere, nisi qui habet praedium.*

3 Verum contra hanc propositionem videtur obstare textus *in l. labeo. 10. ff de servit. rustic. praedio* ubi habentur haec verba. *Labeo ait, et talem servitutem constitui posse, ut aquam quaerere, et inventam ducere liceat. Nam si liceat nondum aedificato aedificio servitutem constituere, quare non aeque liceat nondum inventa aqua itidem constituere servitutem, et si ut quaerere liceat. cedere possumus: etiam ut inventae ducatur cedi potest. Sed clarius in lege si servitus, 23. §. futuro. ff. de servit. urba. praed.* in haec verba. *Futuro quoque aedificio, quod nondum est, vel imponi, vel acquiri servitus potest.*

4 Respondetur enim, licet fuerit acquisita servitus aedificio futuro, quod nondum est, non propterea dicitur perfecte acquisita, cum nondum nata sit actio confessoria, quae tunc oritur, quando est facta quasi traditio servitutis, seu quando facta fuit vera, et realis constitutio ejusdem servitutis ad exemplum illius, qui acquisivit servitutem aquaeductus, sed nondum fecerat rivum, licet enim elapsum fuerit legitimum tempus ad amittendam servitutem, illamque praescribendam, attamen quia rivus nondum fuit constructus, nihil amisit, sed durat jus integrum constituendi servitutem ad formam textus *in l. si partem 19. ff. quemadmodum servitutes amittantur*, pro ut diximus copiose hoc eodem volumine *quaest. 8 et quaest. 21.* et ad ibi dicta me remitto, et proinde donec fuerit acquisita servitus in bonis domini servientis nunquam competet actio confessoria, sed actio personalis, qua mediante, cogi poterit promissorem ad realem constitutionem servitutis; et ideo nihil contra nos.

QUAESTIO VIII.

An emphyteuta possit constituere servitutem stillicidii, vel alterius servitutis in fundo emphyteutico.

SUMMARIUM.

1. Emphyteuta an possit constituere servitutem stillicidii, vel alterius servitutis in fundo emphyteutico, cum distinctione resolvitur quaestio.
2. Emphyteuta, qui non potest obligare, vel hypothecare bona emphyteutica non potest servitutem imponere in bonis emphyteuticis, alias incidit in poenam privationis, secus si non est prohibitus.
3. Prohibitus alienare censetur prohibitus facere actus per quos alienatio sequi possit.
4. Emphyteuta qui non est prohibitus alienare citra periculum caducitatis potest constituere servitutem in bonis emphyteuticis, sine consensu domini duraturam durante emphyteusi.
5. Resoluto jure dantis resolvitur jus successoris.
6. Argumentum de feudo ad emphyteusim valet.
7. Emphyteuta potest constituere usumfructum duraturum durante emphyteusi in bonis emphyteuticis.
8. Emphytheota potest imponere censum super bonis emphyteuticis, duraturum durante emphyteusi.
9. Servitus imposita super bonis emphyteuticis an expiret, si bona revertantur ad dominum, non ex causa necessaria, sed voluntarie late hic examinatur, et respondetur affirmative.
10. Servitus imposita per emphyteutam in bonis emphyteuticis licet expiret, quando bona revertuntur ad dominum ex causa necessaria, veruntamen quando dominus servitutis possit probare hoc dolose factum esse, et dominum directum esse fraudis participem, adhuc durat, ut hic fusius replicatur.
11. Fraudis participatio requiritur in utroque in alienatione titulo oneroso facta, titulo vero lucrativo, non, sed sufficit scientia fraudis.
12. Dominus directus si est praesens, vel sciens, et tacens impositioni servitutis factae ab emphyteuta tamquam in bonis allodialibus, si non contradicerit, sibi praejudicat, si vero tamquam in bonis emphyteuticis, tunc non tenetur reclamare, revocando contrariam. Auctor, quam sustinuit lib. 1. de aquaeductu, et hic.
e3. Venditor censetur vendere jus illud, quod habet in re vendita, et si alienae, quoad solum.
14 Mulier praesens, et tacens, quando vir accipit mutuum pecuniam cum obligatione bonorum dotalium, tamquam propriorum, sibi praejudicat, et dolo tacenne dicitur.
15 Deceptis, non decipientibus est succurrendum.
16. Dominus praesens, et tacens impositioni servitutis simpliciter factae ab emphyteuta, non contradicendo, sibi non praejudicat.
17. Debitor vendens pignus, vel obligatum praesente creditore nihil ei praejudicat, quia scribat pignus durare.
18 Protestatio tunc esset necessaria, quando creditor, vel dominus directus impedire posset alienationem, vel servitutis impositionem.
19. Res inter alios acta, quando tertio non praejudicet, vel praejudicet, veluti in duobus haeredibus, quando contra unum tantum actum, ex sententia contra eum lata alteri praejudicet, non citatum etiam scienti.
20. Scientia rei inter alios actae quando etiam tertio praejudicet, scilicet si agatur de re, quae primo competebat tali tertio, praecipue ejus defensio, sibi praejudicat non contradicendo
21. Scientia rei inter alios actae non praejudicat, quando sciens non potest prohibere taliter agendi, vel defensio ad eum non spectat principaliter.
22. Servitus, et si longo tempore duret, non tamen praejudicat domino directo bonis emphyteuticis reversis ad eum.
23. Non valenti agere, nulla currit praescriptio.
24. Procurator sua desidia, vel negligentia nullum generat praejudicium seu domino ignoranti rem suam ab altero possessam, secus si sciens, et tacens non reclamaverit, sed vide ne. equ.
25. Possessio civilis duplex est: prima est quae dependet a naturali, secunda, quae non dependet a naturali, et quomodo id contingere possit.
26. Dominus directus praesens constitutioni servitutis ab emphyteuta factae, si interrogatus ab acquirente, an bona essent libera, et respondisset affirmative, sibi praejudicaret ratione doli.
n". Jus favet deceptis, non decipientibus.

Demns casum emphyteutam concessisse suo vicino faculta- 1
tem inducendi stillicidium in fundo emphyteutico an hujusmodi constitutio sit valida, et quantum duret. Cum distinctione resolvenda est quaestio, et in primis quando emphyteuta acquisivit bona emphyteutica, et in investitura adest pactum ne possit emphyteuta alienare, obligare, vel hypothecare bona emphyteutica sine consensu domini; eo in casu non 2
potest illam imponere sine consensu domini, et si imponatur nulliter imponitur *Rota Roma. divers. decis. 480. part. 1. n. 1.* alias incidit in poenam privationis, ut notat *Rota Rom. in haec verba* n. 2. quod ubi quis prohibetur alienare, prohi-
betur etiam actus facere. per quos alienatio sequi possit, ut 3
per *Deciam cons. 94. n 5. et cons 282. n. 2.* cum aliis cumulatis per *Tiraq. de retractis §. 1. qu 14. n. 14. vers. quibus malo accedere, et citat. Aret. in l in duobus §. ubi duo in fine ff. de duobus reis etc.* Et alibi quod prohibitus alienare sub poena incidit in poenam, licet immediate non alienet, si praecedit factum ipsius, ex quo sequitur alienatio. Haec Rot. Rom. *Corbula de jure emphyteutico in tit. de cursu privationis ob alienationem Ampliat. 49. n 2.* Ubi prohibita alienatione prohibetur omne id per quod ad illam devenitur, ut notat *Cene. de Censibus cap. 2. qu. 2. artic. 2. n. 7. Ripa in l. filiusfamilias §. divi n. 94. et in l. obligatione generali n. 4. ff de pignor.* et per consequens impositio servitutis cadit in alienationem, eo in caso poterit dominus agere ad caducitatem contra ipsum emphyteutam.

Si vero nulla adest prohibitio alienationis specialis, tunc 4
regula communis est posse emphyteutam constituere servitu-

tem in bonis emphyteuticis sine periculo caducitatis *tex. ad literam in l. lex vectigali 31. ff. de pign. et hypo.* in haec verba. *Lex vectigali fundo dicta erat. ut si post certum tempus vectigal solutum non esset, is fundus ad dominum rediret: postea is fundus a possessore pignori datus est. Quaesitum est an recte pignori datus esset? Respondit, si pecunia intercessisset, pignus esse. Item quaesitum est si cum in ex solutione vectigalis, tam debitor, quam creditor cessassent, et propterea pronunciatum esset fundum secundum legem domini esse, cujus potior causa esset? Respondit si (ut proponeretur) vectigali non soluto jure suo dominus usus esset, etiam pignoris jus evenisse*, et magis in terminis est *tex. in l. si is 11. §. haeres, ff. quemad. servit. amitt.* in haec verba. *Haeres, cum legatus esset fundus sub conditione, imposuit ei servitutes, extinguuntur, si legati conditio existat. Videamus, an acquisitae sequantur legatarium: Et magis dicendum est, ut sequantur.* Ex quibus juribus deducitur haec conclusio, quod si emphyteuta imposuerit servitutem in fundo emphyteutico ea durabit durante jure
5 emphyteutae, nam resoluto jure datoris resolvitur quoque, et jus successoris, ita eatra dentra loquitur. *Bart. ibidem in d. §. haeres, concordat ibidem gl. in verbis imposuit ei servitutes, et in verbo extinguentur.* Clarius textus in *cap. de investit. de re aliena fact. in §. quid ergo*, in haec verba. *Quid ergo, si pretio, vel dolo, aut incuria servitutem rei beneficiarius imponi patiatur, et ad dominum ex qualibet causa postea beneficium revertatur; an ex eo praejudicium domino generetur quaesitum fuit; et responsum est, ut vassallo quidem donec feudum tenet, possit obesse, domino autem etsi per longa tempora perseveraverit servitus, minime no-
6 ceat.* Cum ergo valeat argumentum de feudo ad emphyteusim. *Speculator in tit. de feud. §. quoniam n. 40. in fine Hostiens. in summa tit. pariter de feud. in princip.* et copiose *Topic. jun. in loco a feudo ad emphyteusim.*

Et est doctrine communis dd. quae transit sine difficultate nempe emphyteutam absque consensu domini posse constituere servitutem in bonis emphyteuticis quia nullum fit domino praejudicium. Ea ratione, ut ait *Gratian. discept. forens. cap. 43. n. 1 et 2.* in haec verba. *Quia servitus non est perpetua cum finita emphyteusi amplius non duret*, quasi resoluto jure dantis debeat resolvi accipientis, prout concludunt communiter *Bald. Castrens. Salicetus, et alii in lib. 3. c. de servitut. et aqua. Roland. consil. 59. n. 8. lib. 2. Natta consil. 516. n. 12. Afflict decisio. 380. Franc. Marc. decision. 477. n. 1. parte 1. Bart in l. et in provincialis. c. de servit.* et aqua et est communis tenetur *Clar. in §. emphyteusis quaest. 21. et in §. feudum quaest. 37. qui item ampliat hanc propositionem dicendo n. 3.*

7 *Quae procedunt non solum in servitute reali, sed etiam in personali, ut in usufructu, nam potest emphyteuta facere usufructuarium in fundo emphyteutico Bart. in l. 3. §. ex contrario n. 12 vers. quomodo possint. de acquirenda possessione; sed Clarius in l. 1. § quod autem, ff. de superficiebus in haec verba, quod autem, et in rem actio de superficie dabitur, potiori quoque in superficiem dari, et quasi usumfructum; sive usum quemdam inesse, et constitui posse per utiles actiones, credendum est, nam faciendo usumfructuarium non transfert in eum utile dominium: nec melioramenta, ideo non sumus in prohibitione l. fin. c. de jure emphyteutico, etc. potuit de locato. et cum sit dominus fructuum, valebit illorum alienatio usque ad vitam illius; idem sequitur Alex. cons. 120. li 1. Franc. Marc. dicta decis. 477. parte 1. n. 4. et decis. 555. n. 4. Non obstante, quod aliqui auctores sentiant contrarium, nam nostra est verior sententia, ut ait idem Gratianus n. 5.* haec omnia idem Gratian.

8 Immo aliqui auctores ampliant hoc dictum, ut possit emphyteuta constituere censum super bonis emphyteuticis etiam sine consensu domini, quam sententiam secuti sumus *lib. 1. de aquaedactu c. 3. qu. 2. n. 1.* in haec verba. Probatur etiam ratione quia super bonis emphyteuticis potest constitui census sine consensu domini, *Seraphin. decisio. 794. n. 9. et seqq. et decis. 1290. sub n. 12. et 13. Rot. Rom. decis. 40. penes Cenci. de cens. et decisio. 75 et 77. post dictum tractatum Roland. a Val. cons. 58. n. 10. et sequent. vol. 2. Cenci. de cens. part. 1. quaest. 2. art. 2. per totum Marescot. variarum resolut. lib. 2. cap. 573. n. 53.* ea ratione, quia dominus non desinit habere suum emphyteutam obligatum actione personali, ait *Marescot. loco citato*, eamdem sententiam tuetur, *Camill. Borel. tit. 43. n. 170. ubi n. 172.* hanc dicit communiorem, et sequendam contra. *Ludovicum Romanum in singul. 636. incipit.* Sed quod emphyteuta; nec non idem tenet *Stephanus Gratian. discept. forens cap. 43. n. 20.* licet postea ipse dicat censum imponendum esse non super proprietate, sed super fructibus rei emphyteuticae alias incideret in commissum per ea, quae longa serie adducit *Corbulo de jur. emphyteut. in tit. de caus. privat ab alienation. ampliat 49.* quam distinctionem fundavit in *dec. Rot. Rom. diversor. part. pri. dec. 480. n. 1. et sequent.* ea ratione quia census computatur inter immobilia. Et ex illius impositione transfertur jus reale in emptorem, quod non extinguitur finita emphyteusi, sed transit in quemcumque successorem ea *Clement. 1. de cens. Amic. consil. 217. n. 4. et 5.* et ideo tale jus inscio domino nequit constitui. Attamen nostra sententia est verior quia tale jus resolvitur resoluto jure emphyteutae. *Milanes. decis. 17. per tot. et praecipue n. 18. lib. 2.* Nam illa distinctio Rotae Romanae habet locum, quando adest expressa prohibitio alienationis, et hypothecae, ut docet idem *Gratian. discept. forens. c. 202. n. 26.* Quia in illo casu non prohibetur super fructibus, qui sunt aliud diversum a proprietate, ut etiam dicemus in 2. *parte distinctionis, Cenc. dictae parte 1. cap. 2. n. 10.*

Et sicuti census impositio super re emphyteutica durat, durante jure imponentis *Seraphin. decisio. 1290. n. 13. et decis. 789. n. 2 Cenc. loco citato sub n. 8. dicta art. 2. Chacher. dec. pedemon. tan. 156. n. 8. Surd. decis. 286. n. 12. Amnt. decis. Marchij 91. n. 5. et 6.* ita et servitus expirat resoluto jure imponentis *dict. l. lex vectigali fundo, ff. de pignoribus, et dicto §. quid ergo de investitura, et de re aliena facta.*

9 Verumtamen si bona emphyteutica revertantur ad dominum non ex causa necessaria, seu non ex pacto, si non solvantur canones, vel si non deteriorentur bona emphyteutica, sed ex causa voluntaria, veluti ex titulo emptionis, et venditionis, vel legati, tunc servitus imposita per emphyteutam non expirat. *Surd. decis. 286. n. 11. Osasch. decis. 156. n. 9. Censibus de censib. dicto articulo 2 n. 9. Bart. in l. in diem n. 2. ff. de aqua pluvia arcenda*, hanc eamdem quaestionem resolvit eodem modo. *Fulgine. de jure emphyteutico tit. de renunciationibus quaest. 3. sub n. 4.* cum hac tamen limitatione, nisi in investitura, ut supra diximus, fuerit prohibita alienatio, obligatio, vel hypotheca bonorum emphyteuticorum, et ita quoties contractus non resolvitur ex causa necessaria, veluti ut diximus ex non solutione canonis, vel deterioratione, licet aliquo modo dicatur resolvi ex causa voluntaria, cum hoc videatur esse in facultate ipsius emphyteutae, vel non solvendi canonem, vel non deteriorandi. Attamen absolute dicitur resolvi ex causa necessaria ratione pacti antecedentis, contenti in investitura, ut recte advertit *Bart. loco supra citato, Surdus pariter loco cit. n. 11. et sequentibus*, et copiose hanc nostram doctrinam probat idem *Fulgineus loco cit. n. 9. et in specie Rota Rom. recentior parte 1. decis. 294. n. 11. penes Farinacium* in haec verba. *Tertio non obstat. quod melioramenta faciendo per Junctinum ad summum scutorum 200. vel ad aliam etiam notabilem summam ascendentia, deberent omnia pertinere ad collegium absq; aliqua detractione, ut legitur in instrumento. Quia fuit responsum hoc esse intelligendum, si domus rediret ad collegium, vel ob culpam emphyteutae, ut cavetur in posteriori parte instrumenti, vel ob lineam finitam Sed in proposito casu est reversa ad collegium cum melioramentis non tamquam ad dominum directum, sed tamquam privatum ex titulo emptionis, quo casu debet collegium illam habere cum onere hypothecae impositae per junctinum, super dictis melioramentis prout bene tradit, et distinguit Guidopapae decis. 575. Jacob. de S. Gregorio in titulo de investitura feudali §. quod quidem investitura n. 62 vers. ad argumento Boerius decis. 18. n. 6. et 7. Osasch. decis. 156. n. 14. vers. non obstat.*

10 Verumtamen, etiam si bona emphyteutica revertantur ad dominum directum ex causa necessaria, quae aliquo modo posset fieri voluntaria, ut supra diximus, vel in non solvendo canone, vel data opera in deteriorandis bonis, si probari posset, hoc dolose factum fuisse, nisi ad hunc finem, ut dominus amitteret servitutem per reversionem emphyteusis ad dominum directum, si hoc apertis probationibus poterit probare dominus, tunc dicendum esset servitutem durare, ea ratione, quia dolus nemini debet patrocinari, *l. 3. §. si servus pupilli, ff. de tributaria actione, l. eleganter 7. ff de dolo malo l. apud Celsum §. si cum legitima, ff. de*

exceptione. Attamen est advertendum, probandum esse in specie dolum dominantis, eum scilicet esse participem doli, et fraudis, quo in casu agendum esset revocatoria; probando devolutionem factam fuisse in fraudem, ut probat. *l. qui autem 6. §. hoc edictum ff. quae in fraud. credit.* argumento scilicet a paritate rationis in haec verba. *Hoc edictum eum coercet, qui sciens eum in fraudem creditorum hoc facere, suscepit, quod in fraudem creditorum hic faciebat. Quare si quid in fraudem creditorum factum sit, si tamen is, qui accepit, ignoravit, cessare videntur verba edicti.* Idem probatur *in l. ignoti juris 5. cod. de revoc. quae in fraud. credit. facta sunt* in haec verba. *Ignoti juris non est, adversus eum, qui sententia condemnatus intra statutum tempus satis non fecit, nec defenditur, bonis possessis, itemq distractis, per actionem in factum contra emptorem, qui sciens fraudem comparavit, et eum, qui ex lucrativo titulo possidet, scientiae mentione detracta, creditoribus suis esse consultum.* Est autem advertendum, circa hanc actionem revocatoriam, non sufficere solam scientiam, sed requiri etiam fraudis participationem, ut probat. Textus in *l. ait Praetor. 10. §. quod ait Praetor. ff. de quae in fraud. creditor. etc.* in haec verba. *Quod ait Praetor, sciente te, sic accipimus, te conscio, et fraudem participante. Non enim si simpliciter, scio illum creditores habere, hoc sufficit, ad contendendum teneri eum in factum actione: sed ita, si particeps fraudis est.*

11 Quae autem distinctio tituli lucrativi, vel onerosi secundum *Brunemman ad hunc text.* habet locum, si ante missionem in bonis fuerit alienatio, seu donatio, ut tunc probanda sit scientia recipientis in fraudem, si vero post immissionem, ut sufficiat eventus probat dicta *l. qui autem §. simili modo ff. eod. quae in fraudem etc. ibi simili modo dicimus, et si cui donatum sit, non esse quaerendum an sciente eo cui donatum est, gestum sit. Sed hoc tantum, an fraudentur creditores.* In casu nostro non possumus dicere dominum directum acquirere ex causa lucrativa, sed tantum ex conventione, imo de jure quotiescumque emphyteuta non solverit canona per biennium continuum, vel deterioraverit bona emphiteutica *leg. 2. cod. de jure emphyt.* et ibi fusius de hac materia discurritur. Hinc cum dominus directus habeat fundatam suam intentionem in lege, et conventione per necesse requiritur scientia fraudis ipsius domini. Nam praesumptio stat pro se, cum uti jure suo. Verumtamen est dominum directum habere facultatem, vel iterum restituendi bona emphyteutae, vel ut sinat dominantem uti servitute jam ab emphyteuta constituta in bonis emphyteuticis; nam potest esse quod emphyteuta concesserit servitutem aquaeductus transeundi cum aqua per bona emphiteutica, ratione cujus in faciendo rivo magni sumptus facti fuerint idcirco obviandum est fraudibus, ne quis per eas damnum inferat tertio prout supra diximus.

Redeamus modo ad casum a quo digressi sumus videlicet, diximus supra posse emphyteutam constituere servitutem stillicidii in bonis emphyteoticis duraturam donec durabit jus ipsius concedentis, et haec inscio domino: modo restat, accedendum ad tertium membrum distinctionis videlicet: vel ipse dominus non ignoravit emphyteutam constituisse servitutem in bonis emphyteuticis, et postquam fuerit ab emphyteuta constituta servitus, et dominus directus non reclamaverit, tunc concurrente scientia, et patientia ejusdem, ille tertius acquiret servitutem etiam contra dominum directum. Hanc conclusionem sustinuimus, *lib. 1. de aquaeductu c. 3. q. 4. n. 8.*

Attamen re medullitus considerata, et attentata illa conclusione prout simpliciter loquitur in jure satis non videtur fundata, nam auctoritates ibi citatae non percutiunt punctum, de quo agitur, nam ibi fundavi intentionem meam, *in lib. 2. c. de servitutibus, et aqua*, cum adnotationibus interpre-
12 tum *in dict. l.* ideo aliter censeo esse distinguendum in hac propositione; videlicet, vel emphyteuta imposuit servitutem in bonis emphyteuticis non tamquam talibus sed allodialibus sciente, et patiente domino directo, vel etiam praesente, et tacente; vel imposuit servitutem in bonis tamquam emphyteuticis etiam praesente domino directo; si primo modo, dominus tenetur reclamare, alias sibi praejudicaret, et adversarius posset acquirere servitutem cum lapsu legitimi temporis ad complendam usucapionem, vel praescriptionem decennii, vel vicennii ad formam textus dictae *l. si aquam c. de servit. et aqua*, nam praesentia, et scientia ipsius domini, seu etiam scientia, et patientia talis constitutionis servitutis constituunt in bona fide acquirentem, eo quod dominus non contradixerit simili constitutioni servitutis, cui debuerat contradicere, alias non contradicendo diceretur, se dolose gessisse, et animo decipiendi contraheotem cum emphyteuta. et in terminis descendendo ad materiam emphyteusis, videlicet quando emphyteuta alienat bona emphyteutica pleno jure, et uti allodialia praesente domino directo, quo in casu, si dominus taceat, et nihil dicat, seu non contradicat, sibi praejudicat, et amittit suum jus; quam quaestionem probant, *Jas. in l. cum dubitabatur c. de jure emphiteutico n. 141. Cynus ibidem sub. n. 2. vers. tertio quaeritur idem confirmat Tiraquel. de retractu lignager. §. 1. Glos. 9. n. 152. et n. 157.* cum hac tamen distinctione, si emphyteuta simpliciter vendat, censetur vendidisse, nisi jus suum, quod habet per textum in *l. qui tabernas ff. de contrahenda emptione* in haec verba. *Qui tabernas argentarias, vel caeteras,* 13 *quae in solo publico sunt vendidit: non solum, sed jus vendidit, cum istae tabernae publicae sint quarum usus ad privatos pertinet. Concordat ibidem Bald.* et ita emphyteuta vendendo simpliciter bona emphyteotica censetur vendidisse tantum utile dominium, vel meliorationes ad se spectantes, quod secus est, quando vendit dicta bona tamquam pleno jure sibi spectantia; tunc eamdem sententiam tenet, *Fulgineus de jure emphyt. in tit. de alienat; quaest. 11. n. 43. licet Clarus in §. Feudum quaest. 31.* videatur dissentire, attamen illa opinio procedet, quando fuerit illa taciturnitas, et praesentia coadjuvata per aliquod temporis spatium, puta per annum ut ibi, tunc censetur praestitisse consensum, secus si ante annum contradicat.

Ratio autem quare dominus praesens et tacens, seu non contradicens tali alienationi pleno jure factae censetur dolose tacere, ut notat *Tiraquel. loc. sup. citat. dict. n. 157. argum. deducto ex l. si sine voluntate 5. c. ad. senatus Consultum Vellejanum;* in illis verbis. *quod si patientiam praestitisti,* 14 *ut quasi suas res maritus obligaret, decipere voluisti mutuam pecuniam dantem, et ideo sibi non succurretur senatus consulto, quod infirmitati, non calliditati mulierum consultum est,* praecipue quia non possunt cadere in domino, quae possunt militare in muliere ex sola praesentia, et patientia, quia ratione metus reverentialis posset excusari a dolo, et ideo regula est deceptis non decipientibus subve- 15 niendum esse, *Molina de just. et jure disput. 540. n. 18.*

Vel emphyteuta alienavit, aut imposuit servitutem in bonis emphyteuticis praesente domino, non pleno jure, sed tan- 16 tum simpliciter tunc, et eo in casu constituimus nostram conclusionem dominum per praesentiam, et scientiam nihil sibi praejudicasse non reclamando, aut non contradicendo.

Probatur expresse ex *leg. sicut 8. §. non videtur, ff. quibus modis pignus, vel hypotheca etc* ibi. *Non videtur autem consensisse creditor, si, sciente eo debitor rem vendiderit cum ideo passus est venire, quod sciebat ubique pi-* 17 *gnus durare.* Sive etiam quia tunc protestatio esset necessaria quando dominus posset impedire talem actum, *l. saepe* 18 *63. §. cur autem, ff. de re judica.* ibi enim affertur plenaria distinctio, quando res inter alios acta tertio praejudicet, 19 vel non etiam data scientia, veluti, si sint duo haeredes debitores, et unus eorum condemnetur ad debitum solvendum, licet alter cohaeres sciat suum cohaeredem condemnatum, verumtamen talis scientia nihil ei praejudicat, quamvis alter cohaeres fuerit condemnatus, eo quod non fuerit citatus, ita probat dicta *leg. saepe* in illis verbis. *Nam scientibus nihil praejudicat veluti, si ex duobus haeredibus debitoris alter condemnetur, nam alteri integra defensio est, etiam si cum cohaerede suo egi scierit. Item si duobus petitoribus alter victus acquieverit, alterius petitioni, non praejudicatur, idque ita scriptum est.*

Sequitur textus dicendo, *sed scientibus, sententia, quae inter alios data est, obest: cum scilicet quis de eo re cujus* 20 *actio, vel defensio primum sibi competit sequentem agere patiatur: veluti si debitor experiri passus sit, creditorem de proprietate pignoris, aut maritus socerum, vel uxorem de proprietate rei in dotem acceptae, aut possessor venditorem de proprietate rei emptae, et haec ita ex multis constitutionibus intelligenda sunt.* Sequitur tex. reddendo rationem dicendo.

Cur autem his quidem scientia nocet, superioribus vero 21 *non nocet? illa ratio est, quod qui scit, cohaeredem suum agere, vel conveniri prohibere eum, quo minus uti velit propria actione, vel defensione utatur, non potest. Is vero qui priorem dominum defendere causam patitur. Ideo propter scientiam praescriptione rei, quamvis inter alios judicatae summovetur, quia ex voluntate ejus de jure, quod*

ex persona agentis habuit, judicatum est; Sequitur postea dicendo; *nam etsi libertus meus me interveniente servus, vel libertus alterius judicetur, mihi praejudicatur. Diversa causa est; si fundum a te Titius petierit, quem ego quoque sed non ex persona Titii ad me pertinere dico. Nam quamvis contra Titium me sciente judicatum sit, nullum tamen praejudicium patior, quia neque ex eo jure, quo Titius victus est, vindico, neque potui Titio interdicere, quo minus suo jure uteretur: sicuti de cohaerede supra diximus.*

Quam bene quadrant hae propositiones ad casum nostrum; nam licet text. in *leg. si aquam 2. cod. de servit. et aqua etc.* Si quis me sciente, et patiente ducat aquam per fundum meum per tempus legitimum ad acquirendam servitutem, tunc dominanti acquiritur servitus aquaeductus. Nam illa scientia, et patientia procedunt, et mihi praejudicant quia possum prohibere, et non prohibendo mihi praejudico, quod secus est, quando emphyteuta, vel vendit bona emphyteutica simpliciter, vel constituit servitutem in illis simpliciter, et non pleno jure; nam ut dictum est emphyteuta potest constituere servitutem in dictis bonis duraturam suo jure durante: et hoc etiam de jure communi, ut sup. probavimus hac eadem quaestione. Hinc cum dominus, etiam si praesens sit, non possit prohibere similem servitutis constitutionem, ideo ejus scientia, sive praesentia nihil ei praejudicat juxta tenorem *d. l. saepe*, ut supra extensae, aliter esset dicendum, prout supra demonstratum est, quando servitus fuisset constituta ab emphyteuta in illis bonis tamquam pleno jure ad ipsum spectantibus.

22 Probatur, 2. ex *cap. 1. §. quid ergo in tit. de investitura de re aliena facta*, in haec verba, quid ergo, si pretio, vel dolo, aut incuria servitutem rei beneficiariae imponi patiatur, et ad dominum ea qualibet causa postea beneficium revertatur, aut ex eo praejudicium domino generetur, quaesitum fuit? et responsum est, ut vassallo quidem donec fundum tenet possit obesse; domino autem, et si per longa tempora perseveraverit servitus minime nocere.

Probatur 3. quia dominus durante emphyteusi non potest agere ad resolutionem servitutis, et non valenti agere nulla 23 currit praescriptio *cap. 3. de reg. jur.* in 6. Dominus autem remanet semper impeditus quia durante emphyteusi, dominus non potest prohibere emphyteutae, ut tollat servitutem, quia, ut demonstratum est superius, habet facultatem illam imponendi, duraturam durante emphyteusi, et per consequens licet lapsum fuerit tempus longum, vel etiam longissimum; attamen talis praescriptio non officit domino, prout indicant verba illa, *cap. 1. §. quid ergo de investitur. de re alien. fact.* in illis verbis. *Domino autem, et si per longa tempora perseveraverit, servitus minime nocere, Fontanel. de pact. nuptial. claus. 5. Gloss. 1. part. 2. n. 51. et seq.* [illegible]

Modo restat respondendum ad ea, quae dicto primo libro c. 3. q. 4. diximus ubi addumus dispositionem *d. l. saepe supra extensae*, quae videtur contrariare huic nostrae sententiae, nam ut supra diximus, hujusmodi dispositio habet locum; quando dominus, vel quicumque habet jus, et interesse in re de qua loquitur, quando potest impedire talem actum, secus vero quando non potest; ut ex eodem *l. et §. supra extensis evidenter apparet.* In hoc autem casu suo modo semper loquendo, scilicet, quando emphyteuta non imposuerit servitutem in bonis emphyteuticis pleno jure, secus vero, si simpliciter, vel etiam si expresserit bona esse emphyteutica, scientia, vel praesentia etiam cum patientia domini, tacendo sibi nullo modo praejudicat, quia emphyteuta habet jus, et facultatem taliter agendi, alias sententia inter alios lata non praejudicat, etiamsi non ignoretur, quando non fuerit ille tertius citatus prout diffuse diximus.

24 Non obstat argumentum deductum ex *l. fin. c. de acquir. et retin. possess.* Ex qua habetur per desidiam, vel dolum procuratoris, sive coloni per quem dominus possidet, non amitti possessionem, esto in alium translata fuerit; imo nec ullum generari praejudicium ipsi domino. Attamen si postquam id factum fuerit, et dominus sciens, et patiens adversarium possidere, non reclamaverit, sed tacuerit, suam amittet possessionem, etiam civilem, maxime legitimo tempore transacto, ex *Baldo in l. non ignorabit c. ad exhibendum n. 3. Abbas in c. cum venissent de restitutione spoliatorum n. 16. Decius in c. licet causam sub n. 9. de probat. Giovagnon. respons. 11. lib. 1. n. 71. et seq.* qui in specie loquitur de emphyteuta respecto domini.

25 Nam respondetur, distinguendo de possessione civili quae dependet a naturali, et de possessione civili, quae ab ea non dependet, nam possessio civilis, quae dependet a naturali, veluti quando sumus in procuratore, vel in colono isti dicuntur quidem intervertere possessionem domini civilem, vel si in alium eam transtulerint, tunc et eo in casu data scientia et patientia ipsius domini per aliquod temporis spatium sibi praejudicabit, quia tenetur inhibere talem actum, cum esset in ejus facultate taliter agendi. Possessio autem civilis domini respectu emphyteutae non dicitur interverti per constitutionem servitutis in bonis emphyteuticis, neque per alienationem irrequisito domino, si vel alienatio, vel constitutio servitutis facta fuerit simpliciter, vel tamquam in bonis emphyteuticis, quia dominus non potest illi prohibere talem constitutionem, vel etiamsi alienatio facta fuerit eo praesente, etiam non contradicente quia cum sciat salvum esse suum jus, ut distincte per *textum in leg. sicut 8. §. non videtur, ff. quibus modis pignus, vel hypothec. etc.* ut quando specialiter constituit servitutem tamquam in bonis eidem pleno jure spectantibus sibi praejudicat, et ita sunt intelligendi auctores supra citati, et hanc distinctionem expresse probat idem, *Giovagnon loco supra citato n. 70. vers. sed non est sit*, et ideo non potest dici per talem alienationem, vel servitutis constitutionem interversam fuisse civilem possessionem; quam habet dominus directus, et differt ab illa possessione civili quam habet emphyteuta in bonis emphyteuticis, differt tamen a civili ipsius domini, qui non recognoscit alium superiorem, ut loquitur *Giovagnon*, prout recognoscit illa civilis possessio emphyteutae, nempe dominum directum.

Limitanda tamen esset haec nostra conclusio quotiescumque dominus directus, praesens dolose tacuisset, veluti, si acquirens servitutem interrogasset dominum directum, an talia bona essent emphyteutica nec ne, et respondisset negative, quo in casu hujusmodi assertio illi praejudicaret quia ad formam textus in *d. l. si sive voluntate 5. c. ad senatus consultum*, quae disponit, ut si mulier committat dolum, vel dolose gesserit attenta praesentia, et patientia, et ita non posset uti beneficio Vellejani quia jura favent deceptis non decipientibus ex Molina *de justitia, et jure disput. 540. n. 18. Brunnemanus ad d. legem August. Barb. ibid. n. 6.* 26 27

QUAESTIO IX.

Quid modo, si bona revertantur ad dominum vel ad eum devolvantur, et iterum emphyteuta illa acquirat, an servitus extincta reviviscat.

SUMMARIUM

1. Servitus extincta imposita per emphyteutam in bonis emphyteuticis, si bona devolvantur ad dominum, post devolutionem, iterum acquisierit emphyteuta an iterum reviviscat.
2. Debitor vendens pignus accedente voluntate creditoris, si dissolvatur contractus, pignus iterum reviviscit, sed vide n. 5.
3. Clausula obligando bona praesentia, et futura conservat hypothecam in bonis alienatis, et postea reversis ad eumdem debitorem, imo tacite bona futura etiam sine dicta clausula includuntur.
4. Voluntas contrahentium in contractibus magis est attendenda, quam eorum verba.
5. Servitus imposita in bonis emphyteuticis, extincta per devolutionem versam, et reditam ad dominum, si iterum emphyteuta, ea acquirat, non reviviscit, si acquisierit ex aliquo legitimo titulo.
6. Pignus non dissolvitur, nisi accedat consensus creditoris.
7. Alienatio necessaria bonorum emphyteuticorum, tollit jura hypothecae imposita ab emphyteuta, secus ex causa voluntaria.
8. Executio fieri non potest super re a tertio possessa.
9. Clausula constituti transfert possessionem.
10. Reservatio jus reservatum adeo conservat, ut nihil alii dimissum dicatur.
11. Possessionem anteriorem habens praefertur posteriorem habenti, etiam si possessio translata sit per clausulam constituti n. 6.
12. Dominium transfertur in emptorem pretio soluto, et re tradita.
13. Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis.
14. Bona emphyteutica, quae ceciderant in commissum, revertuntur ad ecclesiam absque aliquo onere obligationis impositae ab emphyteuta, et in eam libertatem, et qualitatem redigetur, in qua erat tempore, quo concessa fuit in emphyteusim, et hoc procedit etiamsi pro dote res emphyteutica data esset, n. 15.
16. Res emphyteutica tam privata, quam ecclesiae potest obligari.
17. Res emphyteutica ad emphyteutam reversa, ex alio titulo libera est ab omnibus obligationibus.
18. L. quoties sud. de rei vindicatione, quando locum habeat.
19. Jus, vel pignus resolutum ex acquisitione rei de consensu creditoris jus et pignus in re habentis facta reviviscit, si eadem res ad debitorem redeat, et quomodo id procedat, vel quando, et praecipue in re emphyteutica.
20. Servitus in bonis emphyteuticis ab emphyteuta imposita reviviscit, si postea a domino directo fuerit investitus, etiam cum aliqua recognitione, quia provenit ex eadem causa, secus si ex nova causa.

21. Servitus quoque non extinguitur in bonis emphyteuticis etiam si emphyteuta ex nova causa iterum acquisierit emphyteusim interveniente dolo, vel collusione tam in emphyteuta, quam in domino directo, in praejudicium domini servitutis, actio quoque datur ad rescindendam alienationem, si adhuc bona non fuerint reversa ad emphyteutam.
22. Actio datur contra procuratorem, qui in praejudicium sui domini collusit cum ejus adversario, modo sit solvendo, alias contra reum actione de dolo erit agendum.
23. Sententia per collusionem lata non valet.
24. Contractus per collusionem initus venit rescindendus per restitutionem in integrum.
25. Collusio, ut plurimum remanet impunita.
26. Collusio probatur suspicionibus, conjecturis, et praesumptionibus, et quae nam sint istae suspiciones, praesumptiones, ac conjecturae, hic demonstrantur.
27. Collusio intra quinquennium detegi potest.

1 Casus est emphyteuta incidit in commissum, vel ob non solutos canones, vel ob deteriorationem proprietatis emphyteuticae, et reversa est dicta proprietas vere, et realiter ad ipsum dominum, elapso aliquo tempore mediante amicorum opera, iterum fuit reinvestitus emphyteuta de dicta proprietate cum sua investitura, et cum rigorosa laudemii solutione non habito respectu juxta solitum ad pretium bonorum, sed quia ipse dominus directus habebat facultatem petendi pretium, quod alter potuisset exhibere, non habito inquam respectu ad pretium rei emptae, itaut emphyteuta videretur potius illam proprietatem emisse de novo, quaerebatur modo, an servitus, quam ipse emphyteuta imposuerat in bonis emphyteuticis in antecedenti investitura, iterum reviviscerет, et posset dominans, emphyteutam cogere ad praestandam talem servitutem, vel etiam cum posset cogere dominantem pati uti, et frui tali servitute. Vel etiam de illo casum talem proprietatem eidem fuisse legatam, vel donatam aut etiam emptam ab eo fuisse, an servitus alias constituta reviviscat.

Certum est emphyteusim fuisse devolutam domino directo ex causa necessaria, scilicet ratione conventionis ad formam *text. in d. l. 1. 2. et 3. cod. de jure emphyt. et ad formam cap. potuit de locato et conduct.* ratione cujus emphyteuta fuit privatus per sententiam, et res vere, et realiter fuit acquisita domino, cum jam superius diximus emphyteutam durante suo jure posse imponere servitutem in illis bonis duraturam suo jure durante. Cum ergo jam sit extinctum jus, ea extincta quoque videtur servitus.

Verumtamen si bona revertantur ad eumdem, videbatur dicendum reviviscere, etiam servitutem per recuperationem bonorum, hoc autem videtur probari ex *l. voluntate 10. ff. quibus modis pignus vel hypotheca solv.* argumento deducto
2 a paritate rationis in haec verba. *Voluntate creditoris pignus debitor vendidit, postea placuit inter eum et emptorem, ut a venditione discederetur. Jus pignorum salvum erit creditori: nam sicut debitori ita et creditori pristinum jus restituitur; neque enim omni modo creditor pignus remisit, sed ita demum, si emptor rem retineat, ne reddat venditori, et ideo si judicio quoque accepto venditor absolutus sit, vel quia rem non tradebat, in id, quod interest condemnatur salvum fore pignus creditori, dicendum est.* Haec enim accidere potuissent, etiam si non voluntate creditoris vendidisset. Creditor quoque si pignus distraxerit, et a venditione recessum fuerit, vel homo redhibitus; dominium ad debitorem revertitur. *Idemque est in omnibus, si cui concessum est rem alienam vendere. Non enim quia dominium transfertur, ideo ab emptore jus recipitur, sed in pristinam causam res redit soluta venditione.*

Hic textus valde stringere videtur, nam licet debitor vendiderit pignus accedente voluntate creditoris, nihilominus si res hypothecata revertatur ad debitorem, iterum reviviscit hypotheca. Quanto magis in casu nostro ubi res emphyteutica reversa est ad dominum sine voluntate domini servitutis, videlicet domini servitutis cum istud negotium totum sit actum inter emphyteutam, et dominum directum sine consensu domini servitutis.

3 2. Obstare videtur clausula illa generalis, quae solet opponi in omnibus hypothecis, qua mediante remanent hypothecata, nedum bona praesentia, et quae tempore contractus debitor possidet, sed etiam futura, ut fusius probat *textus in l. si quis 9. c. quae res pignor. obligari possunt*, cujus haec sunt verba, *si quis in cujuscumque contractus instrumento ea verba posuerit. fide, et periculo rerum ad me pertinentium, vel per earum exactionem, satisfieri tibi permitto: sufficere ea verba ad rerum tam earum, quas in praesente debitor habet, quam futurarum hypothecam sanctionibus minus habere specialis hypothecae memoriam videri: cum sit justum. voluntates contrahentium magis,*
quam verborum conceptionem inspicere, itaut sufficiat dicere obligo tibi omnia bona mea, eo quod potius sit attendenda 4
contrahentium voluntas, quam eorum verba. Et idem sequitur imperator dicens. *Super qua generali hypotheca illud quoque ad conservandam contrahentium voluntatem sancimus, ut si res suas supponere debitor dixerit, non adjecto, tam praesentes, quam futuras: jus tamen generalis hypothecae etiam ad futuras res producatur.* Et ita si adsit illa clausula, sive non parum refert, quia etiam futura includuntur; ergo a paritate rationis, idem venit dicendum in bonis emphyteuticis respectu emphyteutae, si postquam reversa fuerint ad dominum directum, et iterum emphyteuta illa acquirat reviviscere debet servitus, quibus tamen non obstantibus.

Conclusio nostra est, servitutem non reviviscere, si emphyteuta iterum illa bona emphyteutica aliquo legitimo titulo 5
acquirat, probatur ex *l. fin. c. de remiss. pign.* in haec verba. *Soluta prudentia utimur etiam de pignoribus, vel hypothecis, rerum, quae quibusdam creditoribus suppositae postea a debitoribus venduntur, vel aliomodo transferuntur, creditore suum consensum contractui praebente, et quodam legitimo postea modo ad priorem dominum revertuntur. In hoc etiam casu diversae sententiae a legum prudentibus habitae sunt quibusdam dicentibus, jus pignoris creditori revocari propter verbum futurarum rerum, quod in generalibus hypothecis poni solitum est: aliis poenitus extingui. Nobis autem visum est eam, qui semel consensit alienationi hypothecae, et hoc modo jus suum respicit indignum esse, eamdem rem (utpote ab initio si suppositam) vindicare, vel tenentem inquietare.*

Difficultas tamen potest insurgere non obstante supradicta lege, nam sine difficultate transit, quando creditor approbat alienationem pignoris, quia potest illi renunciare ex regula generali volenti, et consentienti non fit injuria. At in materia emphyteusis, et praecipue in hoc praesenti casu, quando bona emphyteutica revertuntur ad dominum directum, non concurrit consensus creditoris, seu illius, qui acquisivit servitutem cum sit ignarus, ut supponitur, talis reversionis, nec illam approbaverit. Enim vero, si uti volumus doctrina, quae competit pro creditore, illa etiam uti debemus pro eo, qui
praetendit servitutem, quando non consentit alienationi. Sed 6
sic est, quod creditor non consentiens alienationi pignoris, non dissolvitur jus hypothecae *leg. res pignoris 10. c. de remissione pignor.* in haec verba *res pignoris hypothecaeve jure creditoribus obnoxias citra consensum eorum debitores alienantes praecedentem non dissolvunt obligationem.* Cum ergo dominus servitutis ignoret talem alienationem, seu devolutionem non videtur servitutem fuisse extinctam.

Verumtamen vera est nostra conclusio, et ratio disparitatis est, quia in hypotheca requiritur consensus creditoris, ut dissolvatur, eo quod res sit ipsius debitoris, nec ad alium pertinere ex regula unum, quodque dissolvi, eo modo, quo colligatum est. ideo requiritur consensus creditoris in pignoris dissolutione; in emphyteusi autem aliud est dicendum, potest quidem imponere servitutem in bonis emphyteusi suppositis duraturam suo jure durante. Caeterum si ex natura emphyteusis resolvatur contractus, et bona devolvantur ad dominum directum voluntate etiam ejusdem acquirentis servitutem, dicitur remissa servitus, quia sciebat creditor ille talia bona esse emphyteutica, et consequenter jus in illis acquisitum duraturum esse, donec, et usquequo durabit jus emphyteutae. Licet ergo realiter fuerit servitus constituta, attamen emphyteuta non potuit praejudicare domino, quin res obligata libere transiret ad dominum, dummodo transeat ex natura emphyteusis, veluti ob non solutos canones, vel ob alienationem factam irrequisito domino, vel ob deteriorationem, ut erudite probat *Seraphinus dec. 789. n.*
6. quia alienatio, seu devolutio non est ex causa voluntaria, 7
sed necessaria probat Cartarius *dec. Rotae Genuensis 85. n. 13. et sequentibus, et n. 16.* probat nostram conclusionem, quando res emphyteutica fuit reacquisita ex novo titulo in haec verba. et quia adest, quae valide confirmat nostram conclusionem dignus est, ut hic extendatur una cum facto, quae versatur in casu magis dubitabili, et est.

Augustinus de Ferrariis vendidit domum, quam in emphyteusi habebat ab ecclesia Johanni Baptistae de plebe cum termino ad redimendum, qui deinde eamdem domum vendidit Augustino Franchiono, post cujus mortem, ortis diffe-

rentiis inter haeredes ipsius Franchioni, et dictum Augustinum de Ferrariis, et facto compromisso, secutum est laudum quo declaratum fuit, dictam domum remanere debere dicto Augustino de Ferrariis, solutis tamen dictis haeredibus dicti Franchioni libris novem centum, et in casu non solutionis, domus remaneret ipsis haeredibus, ut laudum latum intelligatur sine praejudicio jurium ipsorum super dicta domo ex venditione ejusdem facta per dictum Johannem Baptistam dicto Franchiono. Sed cum dicta domus esset emphyteutica, his sic se habentibus ob alienationem praedictam de ea factam, ad ecclesiam, cujus consensus non fuerat requisitus, devoluta est, quae deinde dicto Augustino de Ferrariis iterum in emphyteusim eamdem domum concessit, et ipse deinde illam vendidit Ambrosio Cavagnae cum consensu ecclesiae, post haec dicti haeredes Franchioni, uti creditores dicti Augustini de Ferrariis in libris 300. pro residuo dictarum librarum novem centum tentaverunt consequi aestimium, seu dationem in solutum super dicta domo vi juris. Sed dictus Ambrosius uti dominus dictae domus ab ecclesia investitus, ac etiam uti possessor ex statuto de elevatione Cannellae, Cannellam elevavit, et executioni ita se opposuit
8 asserens nullam fieri posse executionem super dicta domo ad eum spectante, et per ipsum possessa juxta formam dicti statuti, *l. a divo Pio §. si super rebus ff. de re judic.* Quaesitum fuit quid juris.

Et pro parte dictorum, haeredi Franchioni dicebatur ipsos esse in dicta domo praeferendos cum ante acquisitionem factam per dictum Ambrosium jam eam consecuti fuerunt
9 a dicto Augustino, et illis dicatur tradita possessio saltem per clausulam constituti. *Tiraq. late de jure const. possessor in princip.* et jus hoc illis conservatum fuit per dictum laudum in casu non solutionis, quae quidem reservatio jus
10 praedictum adeo conservat, ut nihil illi diminutum dicatur per id, quod secutum est per dictum compromissum, et laudum latum. *Aug. in scripturas c. qui potior in pignor. hab. Socin. cons. 287. n. 2. lib. u. dec. consil.* 516. *n.* 19. *dec. Avenion.* 45. *n.* 5. *cum concord.* Cum igitur dicuntur dicti haeredes habere possessionem anteriorem ipsis etiam conservatam per dictum laudum, debent praeferri dicto Ambrosio *l. quoties c. de rei vindic.* quae locum habet etiam, quod possessio translata sit per clausulam constituti, ut ibi per *Jas. et Ant. Gabriel. lib.* 3. *commun. concl. tit. de empt. et vend. claus.* 2. *n.* 18.

11 His tamen non obstantibus contrariam sententiam Rota amplexa est pro dicto Ambrosio Cavagna, tum ratione dominii tum possessionis; nam quod attinet ad dominium dictus Ambrosius
12 emit dictam domum cum consensu ecclesiae a dicto Augustino, solvit pretium, et res est sibi tradita: unde dubio in eum translatum fuit dominium *l. tradit. c. de pactis cum concord.*

Neque obstat, quod prius vendita fuerat ab eodem Augustino dicto Johanni Baptistae, et ab eodem Franchiono successore dictorum haeredum: quoniam pro responsione considerabatur, quod post factas dictas venditiones per dictum Augustinum, et Johannem Baptistam, dicta domus cecidit in commissum, et ob ipsas alienationes factas, irrequisita ecclesia, ad eam devoluta est, et ita resolutum fuit jus dicti Augusti-
13 ni de Ferrariis, et consequenter resolutum fuit jus dicti Johannis Baptistae, et successive Franchioni quia resoluto jure da-
14 toris, resolutum etiam dicitur jus acceptoris, ita quod dicta domus reversa est ad ecclesiam sine aliquo onere pignoris, vel hypothecae, vel servitutis realis vel personalis, aut alterius obligationis, quae ab ipso Augustino emphyteuta imposita esset, itaut res in eam libertatem, et qualitatem redigatur, in qua erat tempore, quo fuit concessa in emphyteusim *l. lex vectigali ff. de pignorib.* et ita per hanc legem tenuerunt in terminis *Bal. Salic. Paul. de Castr. post Petr. et Jac. Rave. in l. in provinciali c. de servit. et aquae. Alex. cons.* 38 *n.* 4. *vol.* u. *Paul. de Castr. consil.* 68. *in fin. vol.* 2. *dec. consil.* 607. *n.* 12. *Bero consil.* 196. *n.* 12. *vol.* 1.
15 *Guid. Pap. decis.* 575 *et decis.* 428. in fine, quod [illegible]dit etiam si pro dote res emphyteutica ecclesiae detur, quia
16 licet res emphyteutica possit obligari tam privatu quam ecclesiae secundum communem opinionem, de qua plures allegando testatur *Aurel. Corbul. in tract. de caus. ex quib. emphyteut. privat. tit. de caus.* ob alienat. irrequisito domino *limit.* finita tamen emphyteusi finitur obligatio, itaut reversa ad dominum, mulier pro dote sua super ea recurrere non possit, ut per *Bald. in dicta l. lex vectigali. Bursat. consil.* 80. *n.* 31. *et seq. volum.* 1. *Jac. Mandel. consil.* 28. *n.* 9. *alios Alleg. Tiraq. de retract. tit.* 2. §. 3. *Gloss.* 1. *n.* 13. *et Aurel. Curb. in dicto tract. tit. de caus. privat. ob non solutum canon. Ampliat.* 34. et ita si dictus Augustinus de Ferrariis vendidit dictam domum ad ecclesiam reversam, et sibi ab ecclesia iterum in emphyteusim concessam 17
dicto Ambrosio Cavagnae cum consensu ecclesiae, vendidit quidem eam jam liberam ab omni jure, quod habebat dictus Johannes Baptista et dictus Franchionus, et ejus haeredes.
Neque in istis terminis loquitur, nec locum habet *dicta lex* 18
quoties c. de rei vindicatione, neque ibi DD. loquuntur in istis terminis, sed quando eadem res duobus a domino venditur, a domino inquam, qui eodem modo est dominus tempore tam primae quam secundae venditionis.

Neque obstat, quod licet extinctum esset omne jus, quod 19
dictus Johannes Baptista et Franchionus successive habebant super dicta domo, ex quo ad ecclesiam sine aliqua obligatione reversa est, nihilominus ex quo deinde iterum rediit eadem domus ad eumdem Augustinum de Ferrariis ex concessione sibi ab ecclesia facta videtur, quod omne jus dicti Franchioni, et ita suorum haeredum reviviscat per text. *in l. voluntate in princip. ff. quibus modis pignus vel hypothec. solvit.*

Quia hoc procederet quando res reacquisita, per debitorem ex eadem causa, vel connexa alienata fuerat: tunc enim, si debitor rem pignoratam vendidisset cum consensu creditoris, licet pignus extinctum esset, in eamdem tamen reincidit obligationem, si debitor eamdem rem reacquisivit ex eadem causa, vel connexa, puta quia illam ex pacto redemit, vel quia fuit ei redhibita, vel ex pacto adjectionis in diem, vel legis commissoriae ad ipsum debitorem reversa est; nam istis, et similibus reincidit in obligationem, et hypothecam ut vult *Glos. in l. fin. in Glo. magna c. de remissio. pignor. et ibi Bartol. Bald. Salyc. et alii, et ut est textus in dicta l. voluntate, et tradit Negusant. de pignor.* 3. *Membro* 6. *part. n.* 21. qui idem esse dicit, si aliquo alio modo venditio facta per debitorem de pignore cum consensu creditoris resolvatur, quia sicut per talem resolutionem restituitur debitori in re vendita jus suum, ita et restituitur creditori jus sui pignoris, et hypothecae, ut per eum ibi *per d. l. voluntate in principio.* Secus autem est, si res illa reacquisita est per debitorem ex nova causa, et diversa a prima, ex qua erat apud debitorem, puta ex legato, vel ex donatione, vel simili causa: tunc enim pignus non reviviscit, ut est textus *in d. l. fin. c. de remiss. pignor. et tradit.* per illum textum quem dicit mirabilem *Negusant. loco jam cit.* cum igitur dictus Augustinus reacquisiverit dictam domum per novam concessionem sibi factam ab ecclesia, jus dicti Franchioni, et ejus haeredum non reviviscit: non enim reincidit res in pristinam obligationem, et isti sunt termini satis diversi a terminis *dictae leg. voluntate.* Ex his ergo apparebat, quod dicta domus non erat amplius dicti Augustini de Ferrariis tempore consecuti dicti aestimi, seu factae executionis, sed erat dicti Ambrosii, male igitur dicitur aestimum consecutum, seu facta executio in re non debitoris, *l. si non sortem §. si centum ff. de condict. indebiti l. a Divo Pio §. si super rebus, et ibi DD. ff. de re judicata.*

Itaque si dominus directus declaraverit caducitatem, imo 20
etiam ingressus fuerit possessionem bonorum emphytheuticorum, et postea amicorum opera. Dominus directus remittat illi caducitatem, et iterum eumdem emphyteutam reinvestiet cum aliqua recognitione ipsius domini, non propter ea extinguetur servitus, quia provenit ex eadem causa, eo quod per remissionem caducitatis remissum fuerit jus reversionis bonorum emphyteuticorum, et bona iterum reversa sunt ad pristinum statum, quo in casu non possumus dicere fuisse extinctam servitutem, ut supra probatum est in debitore pignus recuperante non ex nova, sed ex eadem causa, ut recte etiam probavit decisio cartarii supra extensa, prout etiam idem probat *Bruneman. in d. l. solita providentia c. de remiss. pign.* in haec verba. *Sed haec lex limitat, ut locum habeat, quando res illa, in cujus obligationem consensit creditor, ex nova causa ad debitorem revertitur verbi gratia ex donato, ex legato, vel dote. Secus autem si revertatur res ex eadem causa, ex qua alienata fuit, vel connexa, ut in pacto redimendi, vel actionis in diem, vel ex lege commissoria.*

Limitanda tamen esset haec nostra conclusio, quotiescumque intercesserit aliqua fraus, vel dolus, seu potius collusio inter ipsum dominum directum, et emphytheutam ad decipiendum dominum servitutis ad effectum, ut extinguatur, ut probatur ex *Antonio Peres ad c. lib.* 8. *tit.* 26. *n.* 8. *de remis.*

pignoris, quo in casu ratione doli, et fraudis datur actio ad rescindendum contractum vel titulum *l. Julianus* 14. ₰. *si quis colludente l. qui per collusionem* 51. *ff. de action. empt. et vend.* in haec verba. *Qui per collusionem immaginarium colonum circumveniendi emptoris causa supponit, ex empto tenetur, nec defenditur, si quo facilius excogitata fraus occultetur, et colonum, et quinquennii pensiones in suam fidem recepit leg. sed addeo* 62. *ff. locati*, *et est in terminis leg. si procuratorem* 8. ₰. 1. *ff. mandoti* in haec verba. *Sed, et si per collusionem procuratoris absolutus sit adversa-*
22 *rius, mandati eum teneri: sed si solvendo non sit, tunc de dolo actionem adversus reum, qui per collusionem absolutus sit, ait dandam ei. Sed, et de lite, quam suscepit exequendam: mandati eum teneri constat. et in l. et eleganter* 7. ₰. *si dolo in fine: si collusum sit, alioquin de dolo actio erit danda; scilicet si cum procuratore agi non posset, quia non est solvendo ff. de dolo malo l. qui fundum* ₰. *procurator. ff pro emptore l. fin. ff. si vendit pignor. agatur. leg* 3. *cod. de jure Fisci leg.* 7. *c. de distract. pignor. leg.* 27. *cod. de eviet. Cujac. in l.* 7. ₰ *si dolo ff. de dolo*, etiam si interveniat juramentum per collusionem delatum, habet locum, ut et ipsum non obstet *l. eum qui* 30. ₰. *in popularibus ff. de jure jur.* in illis verbis *si non per collusionem oetum sit.*

23 Et sicuti non valet sententia per collusionem lata, quia reputatur tamquam si nulla res judicata intervenisset *l. cum non justo* 3. *ff. de collus. detegend. l. proeses c. de pignor. Covaruv. practicar. cap.* 23. *n.* 4. et generaliter loquendo sententia, per collusionem lata non praejudicat *l. Arianus* 27. ₰. *cohaeres c. de liberali causa*, et idem venit
24 dicendum de contracto emptionis venit enim rescindendus per restitutionem in integrum *l. si res.* 51. *ff. de minoribus*, *et est in terminis, et l. ult. c. si adversus Fiscum pariter in terminis.*

25 Sed quia Collusio, ut plurimum remanet impunita *c. super eo* 5. *de eo qui cognovit consanguineam*, et ideo admit-
26 tuntur suspiciones, conjecturae, et praesumptiones ad illam probandam *arg. text. in l. qui autem* 6. ₰. *nunc similiter ff. si quis omissa causa test. c. suscitata* 6. *de integrum restitut. c.* 1. *de renuntiation. in* 6. *Anania in c. Audivimus de collusione detegenda n.* 2. *Augustin. Barb. ibidem n.* 4. veluti ex qualitate personae *l.* 3. ₰. *hoc interdictum ff. de libero homine exhibendo* aut si sit affinis, aut consanguineus. *Menoch. de praesumption.* 26. *n.* 21. veluti si data opera emphyteuta dimittat bona inculta, vel illa deterioret, vel damnificet, vel si dimittat, per aliquod temporis spatium eadem bona inculta ad effectum, ut illi declaretur Caducitas, et praecipue si canones non solvat, qua arrepta occasione bona eidem auferantur per dominum directum, et postea transacto aliquo tempore etiam quinquennio intra quod tempus potest detegi collusio *l. collusionem* 2. *ff. de collusione deteg.* in haec verba. Collusionem detegere ingenuitatis, post sententiam intra quinquennium posse; divus Marcus constituit, et paulo inferius ait, *quinquennium autem, non ad perficiendam retractationem, sed ad inchoandum praefinitum*, iterum emphyteuta fuerit de dictis bonis investitus, tunc poterit detegi collusio.

QUAESTIO X.

Quid modo, si emphyteuta imposuit servitutem in fundo emphyteutico duraturam suo jure durante. si dominus acquirat dicta bona emphyteutica aliquo titulo, an haec servitus extinguatur.

SUMMARIUM.

1. Servitus ab emphyteuta imposita in bonis emphyteuticis, cum clausula, duratura durante emphyteusi, an expiret et emphyteusis revertatur ad dominum, ex causa emptionis, vel donationis, aut legati.
2. Emphyteuticum jus cessat facta alienatione ejusdem in dominum directum.
3. Emphyteusi cessante, cessare debet quoque servitus.
4. Verba in contractibus, non sunt dicenda superflua, sed aliquid operari debent.
5. Actus non operantur ultra intentionem agentium.
6. Mater solvens partem debiti filii sui non potest cogi ad residuum.
7. Actus ad unam causam restrictus, ultra eam non operatur.
8. Ususfructus finitur, si consolidetur, cum proprietate
9. Servitus in bonis emphyteuticis, constituta per emphyteutam, cum hac clausula expressa, durante durante emphyteusi, extinguitur, si dominus dominium utiliter acquirerit, nisi alienatio fuerit ex causa voluntaria.
10. Interpretatio semper est facienda contra eum, qui legem clarius dicere potuit, et non dixit.
11. Quod est omissum pro omisso habetur, contra stipulatorem fit interpretatio.
12. Quilibet in contrahendo praecavere debet ea, quae in futurum contingere poterunt, prout filia quaecumque diligentissime, alias dicitur in culpa, vel saltem debet in genere cogitare de eo, quod in futurum avenire poterit.
13. Conductor conducens ad quinquennium bona ab usufructuario, qui ante quinquennium mortuus est, si sibi facit impensas eas amittit, nec poterit ab haerede usufructuarij illas repetere.
14. Expressio eorum, quae tacite insunt nihil operatur.
15. Expressa quandoque nocent, licet tacite insint.
16. Legatum facto legatario, tacite continet, si illud legatarius acceptaverit et tamen si testator dicat, lego meum Antonio, si volet, legatum est conditionale, et non transmittitur ad haeredes.
17. Legatum a die aditae haereditatis legatario revocabiliter acquiritur, a die vero acceptationis irrevocabiliter.
18. Verba in contractibus debent aliquid operari, ne dicantur superflua.
19. Clausula, et quibus dederit, importat facultatem emphyteutae alienandi emphyteusim sine consensu domini, et alia plura importat, ut hic.
20. Servitus indefinite constituta in bonis emphyteuticis; si bona ipsa acquirantur per dominum directum ex causa voluntaria non extinguitur.

Contingere potest, quod dominus directus acquirat bona 1
emphyteutica ab ipso emphyteuta, vel titulo donationis, vel titulo emptionis, vel etiam titulo legati, potest etiam contingere, quod emphyteuta imposuerit servitutem, sive rusticam, sive urbanam, sive stillicidium, vel quamlibet aliam servitutem, modo quaeritur an acquisitis bonis a domino directo ex titulo legati, vel donationis vel emptionis etc. illa servitus extinguatur postquam dominus acquisierit talia bona, ut supra.

Difficultas erat quia dominus directus investivit dictum 2
emphyteotam de bonis emphyteuticis liberis, et immunibus a quacumque servitute, et emphyteuta imposuit servitutem, duraturam suo jure tantum durante. Cum ergo per alienationem sit extinctum jus emphyteuticum, videbatur dicendum etiam servitutem esse extinctam, hoc autem probatur ex *l. jurisgentium* 8. ₰. *praetor ait ff. de pactis*, quando dixit *pacta conventa neque dolo, neq; adversus leges contracta serva*, sed sic est, quod hoc pactum non est contra leges, et quod emphyteuta non potest imponere servitutem in praejudicium domini, *l. ex vectigali fundo ff. de pignoribus*, *et prout diximus in praecedenti quaestione.* Ergo expirato jure emphyteutae, expirat etiam servitus.

Secundo quia substantia istius pacti, servitutem duraturam 3
durante jure emphyteutae est servandum *l. cum se fundum* 6. *c. de pactis inter emptorem, et venditorem*, ergo cessante emphyteusi, debet quoque cessare servitus. *Tiraquellus in tractat. cessante causa etc. parte prima n.* 58. *tomo* 4.

Tertio verba in contractibus non sunt dicenda superflua 4
sed debent aliquid operari *Baldus in Rubrica c. de contrahenda emptione n.* 16. et praecipue quia verba contractus sunt ipsius forma *Cyriac. controvers. forens.* 67. *n.* 46. forma igitur non servata actus corruit, ergo cum contractus factus cum acquirente servitutem factus sit sub illa forma, ut servitus durare tantum debeat, quantum duraturum est jus ejusdem emphyteutae, sed jus emphyteut. jam expiravit per acquisitionem factam a domino directo, ergo etiam expiravit servitus.

Quarto actus non debent operari ultra intentionem agen- 5
tium, *Rota Rom. in Recens dec.* 534. *n.* 3. *part.* 1. *tex. in* 6
l. cum te ideo 4. *c. ne uxor pro Marito*, ubi si mater solvat
partem debiti ipsius filii, non propterea potest compelli ad 7
residui solutionem, quia actus restrictus ad unam causam ultra eam non operatur *Urselius conclus.* 48. *n.* 26. Sed intentio emphyteutae fuit obligandi se tantum durante emphyteusi, ergo cessat, et servitus.

Quinto ususfructus finitur, quando consolidatur cum pro- 8
prietate, veluti si proprietarius ab ipsomet usufructuario acquirat usumfructum *tex. ad literam in* ₰. *finitur institut. de usufructu*, in illis verbis. *Vel ex contrario usufructuarius proprietatem rei acquisierit, quae res; consolidatio appellatur*, de qua loquitur *Tiraquell. in retract. lignag.* ₰. 1. *glosso* 7. ubi non datur retractus, si venditur proprietario res ipsa, penitus extinguitur. Et ita emphyteusis consolidata, cum proprietate dicetur extincta, et per consequens, licet antea essent duo dominia utile, et directum, tamen ratione consolidationis unicum tantum dicetur dominium, *Castill. de usufruct. cap.* 75. *n.* 24. 26. *et* 27. *lib.* 1. Quibus tamen non obstantibus.

Puto distinguendum, pro solutione praesentis quaestionis,

vel in constitutione servitutis dictum fuit expresse, quod illa durare deberet, donec, et usquequo duraret jus emphyteuticum. Vel tantum simpliciter fuit constituta servitus in bonis emphyteuticis, absque illa clausula. Si primo modo.

9 Nostra conclusio est, per alienationem factam in dominum directum extinctam esse servitutem, etiam factam ex causa voluntaria, ea ratione, quia onus erat acquirentis servitutem
10 legem dicere clarius, et non dixit, ideo contra eum facienda est interpretatio *l. veteribus* 40. *ff. de pactis*, cujus haec sunt verba *Veteribus placet pactionem obscuram, vel ambiguam venditori, et ei, qui locavit nocere, in quorum potestate fuit legem apertius conscribere, l. quicquid adstringendae* 99. *ff. de verbor. obligat.* in haec verba. *Quicquid adstringendae obligationis causa dictum est. id nisi palam*
11 *verbis exprimatur, omissum esse intelligendum est, aut certe secundum promissorem interpretamur: quia stipulatori liberum fuit verba late concipere: nec rursus promissor ferendus est. si ejus interest, de certis potius vasis forte, aut, hominibus. factum esse.* et *tex. in l. stipulatio ista* 38. *§. in stipulationibus ff. de verborum obligat.* in haec verba. *In stipulationibus, cum quaeritur, quid actum sit verba contra stipulatorem interpretanda sunt.* Tenebatur enim stipulator servitutis exprimere, vel addere hanc conditionem dummodo emphyteuta, non alienaverit ex causa voluntaria, sed necessaria, videlicet, nisi emphyteusis resolvatur, ex causa necessaria tantum, et non aliter, seu ex causa voluntaria si alienasset titulo emptionis, et venditionis, ne posset illi praejudicare, etiam si res emphyteutica alienata fuisset in dominum directum ex causa voluntaria, ut nihilominus durare deberet servitus, sed cum stipulator servitutis non expresserit hunc casum ergo ei est imputandum, si sibi non caverit, quod cavere debuerat, immo addendum erat, ut toties, et quoties emphyteuta, vel voluisset alienare, ut teneretur pacisci, cum domino acquirente reservata semper servitute stipulatori ejusdem. Emphyteuta enim alienando bona emphyteutica in dominum directum ratione cujus alienationis terminatur emphyteusis usus est jure sibi competenti ratione pacti in stipulatione contenti, quod concedit liberam facultatem alienandi in ipsum dominum directum in quo expirat emphyteusis, eo quod stipulator servitutis non obligaverit expresse eumdem emphyteutam, dato casu, quod alienasset bona emphyteutica illa tradendo domino directo, ut in eo casu non expiraret servitus, sed fuisset reservatum jus stipulatori servitutis, sed cum de hoc nihil cautum sit in ipsa stipulatione, ergo per talem alienationem emphyteuta usus est facultate ei concessa ex dicto pacto, donec duraret emphyteusis.
12 Onus erat enim ipsius acquirentis servitutem praevidendi, quae in futurum contingere poterat; quod non fecit, ergo non est imputandum emphyteutae, sed ipsimet stipulatori; haec enim naturaliter poterant evenire, et praecipue quando id, quod poterat contingere, potuit a quocumque diligentissimo praevideri, ipse dicetur in culpa ita *Glos. in §. praeterea in verbo debet vers. aliud levissimum inst. quibus modis re contrahitur obligatio copiose Castren. in l. in rebus in principio ff. commodat. Cirioc. contr. forens.* 166. *n.* 34. *et sequentibus*, et facit, quod diximus in tomo tertio *cap.* 13. *quaest.* 28. *n.* 15. *de aqueductu.* ubi is, qui contrahit debet saltem in genere cogitare de eo, quod potest contingere in futurum, ut recte declarat *Baldus in l. eadem* 3. *n.* 17. *c. de locato, et conducto per textum in l. si quis domum* 9.
13 *§. hic subjungi ff. locati, et conducti.* ubi conductor prospicere debuerat, quando in quinquennium conduxit ab usufructuario, qui ante quinquennium decessit, si fecit impensas, sibi imputare debet, cum in eo statu potuerit cogitare, quod evenire poteret, et ideo agere non poterit contra haeredem locatoris pro suo interesse ex illa doctrina *Baldi canonizata per Rotam Romanam apud Bichium decis.* 5. *sub n.* 23. *et* 24. *parte* 1. *et ante illam Osascus decis.* 91. *n.* 15. cum pluribus aliis ab eodem ibi cumulatis. et quod *docuit Costa de clausulis conventionalibus clausula decima dicens*, quando fuit cogitatum, vel potuit cogitari in futurum etc. Hanc eamdem doctrinam docuimus *lib.* 1. *de aquaeductu cap.* 3. *quaest.* 14. *n.* 23. Sic etiam stipulator servitutis poterat praevidere illum casum si emphyteuta vendidisset bona emphyteutica seu dominium utile domino directo, vel illud legasset, quia consolidatur utile dominium cum directo, tunc expiravit emphyteusis, et expirata est servitus constituta sub illo pacto generali duratura donec durat emphyteusis. Emphyteusis ergo est extincta, ergo est extincta servitus.

Dices expressum eorum, quae tacite insunt, nihil operetur, et est generalis, et ut copiose scripsit cardinalis *Tusch. concl* 14
658. *n.* 1. *et seq. litera E.* ergo sicuti dominium utile, si consolidetur cum directo, ex causa voluntaria, servitus non extinguitur idem venit dicendum etiam si exprimatur per illam clausulam.

Nam respondetur quandoque expressa nocere, et praeju- 15
dicare, licet tacite contineantur in dispositione, ea ratione, quia verba contractus expressa aliquid debent operari, quod non operatur tacitum habemus textum expressum *in l. si ita legatum sit* 68. *§. ult. si volet ff. de legatis, et fideicommiss.*
1. in haec verba. *Illi, si volet, stichum do, conditionale est* 16
legatum: et non aliter ad haeredem transit, quam si legatarius voluerit: quamvis alias sine adjectione hac, si volet, legatum sit, ad haeredem legatarii transmittatur. Aliud enim juris est, si quid tacite continetur; aliud si verbis exprimatur. Hoc est quamvis legatum sit factum sine illa conditione, si volet, ea tacite continetur in legato, nam
est in facultate ipsius legatarii acceptare illud legatum, vel 17
illud repudiare, et ideo est regula legatum acquiri legatario etiam ignoranti a die aditae haereditatis, sed revocabiliter, post vero acceptationem irrevocabiliter. adest doctrina *glossa in l. ei qui* 13. *in verbis acquiri solet ff. de condit. instit. in versic. respondetur* in haec verba. *Loquitur hic de acquisitione, quae est irrepudiabilis, et incommutabilis, quae contingit post agnitionem legati. ante enim quaesitum est, sed non sic, ut repudiari non possit: et fere non quaesitum dicitur cum propter repudiationem perinde habeatur, ac si legatum non esset, ut infra de legatis* 1. *l. servum filii §. si quis, et l. si tibi homo §. cum servus. et supra ad legem aquiliam l. nam sicut*, ergo acquiri solet incommutabiliter, sed ante quaeritur, sed commutabiliter, *Mantica de conjectur. ultim. volunt. lib.* 7. *tit.* 10. *n.* 32. ita idem venit dicendum in casu nostro, licet enim in constitutione servitutis in bonis emphyteuticis tacite insit illa conditio servitutem duraturam durante emphyteusi, attamen haec conditio habet in se aliam tacitam dispositionem quotiescumque emphyteusis extinguetur, ex causa necessaria, non voluntaria. At quando emphyteuta contrahens, cum acquirente servitutem, dicendo expresse concedo, vel tibi constituo servitutem viae, vel itineris, vel actus, per fundum meum emphyteuticum duraturam, donec duret emphyteusis, haec enim expressio verborum importat hanc consequentiam, sive postea emphyteusis extinguatur, ex causa necessaria, sive voluntaria, hoc unum est, servitus in eo casu dicetur extincta, per regulas superius jam citatas, quidquid est omissum, pro omisso habetur, sive quia interpretatio est facienda contra eum, qui potuit legem dicere clarius, et non dixit. Seu quia interpretatio est facienda contra eum, qui se fundat in verbis conventionis; sufficit enim ei opponere verba in quibus se fundat, hoc non dicunt sed sunt generalia et indefinita apta comprehendere extinctionem emphyteusis, tum ex causa necessaria, tum ex causa voluntaria, hoc unum est, verba illi duraturum donec, durat emphyteusis verificari utroque modo, sive per alienationem necessariam, sive voluntariam. Haec autem
expressio debet aliquid operari ne verba dicantur superflua 18
ad formam textus *in d. l. si ita legatum* 68. *§. illi, si volet ff. de legat. et fideicom.* 1. in illis verbis in fine: *aliud enim juris est, si quid tacite continetur, aliud si verbis exprimatur.*

Explicatur etiam exemplo emphyteutae; nam de jure communi emphyteuta non potest alienare bona emphyteutica irrequisito domino, tenetur enim prius illum admonere ad formam tex. *in l.* 3. *c. de jure emphyt.* attamen si in instrumento apponatur clausula conventa inter ipsos contrahentes nempe inter dominum directum, et emphyteutam, eum
investiendo, de bonis emphyteuticis pro se suisque haeredibus, 19
et quibus dederit, certum est emphyteutam alienare posse bona emphyteutica sine periculo caducitatis, et irrequisito domino, ac absque suo consensu, ut plenarie scribit *Marta de clausula* 58. *et quibus dederit*, ubi haec clausula est tantae virtutis, ut tribuat facultatem feudatario alienandi feudum sine consensu domini in extraneos, ut apud eum plenarie videri potest; idem confirmat *Clarus in §. emphyteusis quaest.* 13. *n.* 7. censetur enim dominum concessisse per talem clausulam facultatem emphyteutae alienandi bona emphyteutica sine illius consensu, et tamen de jure communi absque eo, quod aliud dicatur in investitura, emphyteuta non potest alienare bona emphyteutica citra poenam caducitatis absque alia expressione sic disponit *tex. in d. l. jur. c. de emphyt.* ita idem *Clarus d. quaest.* 13. *in princ.* Et quia illa clausula esset nimis praejudicialis domino directo, ideo in omnibus investituris,

in quibus apposita est talis clausula, et quibus dederit, solet apponi pactum, ut emphyteuta nequeat alienare bona emphyteotica nisi prius requisito domino, et admonito de certitudine pretii, et emptoris, alias subjacebit poenae caducitatis ad formam *d. l. 3. c. de jure emphyteu.*

20 Si vero quoad secundam partem distinctionis servitus fuerit constituta indefinite in bonis emphyteuticis absque illa clausula duratura donec duret emphyteusis, tunc si dominus directus acquirat illa bona emphyteutica, seu utile dominium ex causa voluntaria veluti titulo emptionis, et venditionis donati, vel legati, cum sententia communis sit dominum directum, non intrare uti talem, sed uti privatum, et per consequens omnia, et quaecumque onera imposita in re emphyteutica ab emphyteuta transeunt in dominum directum, et ita etiam servitus, et non extinguitur sed semper durabit juxta decisionem *Rotae Romanae in recentioribus apud Forinocium dec. 294. n. 11. parte 1.* in haec verba. *Non obstat decisio Seraphini in illa romana vineae, quia ibi res emphyteuticae, et etiam melioramenta erant expresse prohibita alienari, et etiam hypothecari. Tertio non obstat quod melioramenta facienda, per Junetinam ad summam scutorum 200. vel ad aliam etiam notabilem summam ascendentia deberent omnia pertinere ad collegium, absque aliqua detractione, ut legitur in instrumento: quia fuit responsum, hoc esse intelligendum, si domus rediret ad collegium, vel ob culpam emphyteutae, ut cavetur in posteriori parte instrumenti, vel ob lineam finitam. Sed in proposito casu domus est reversa ad collegium cum melioramentis, non tamquam ad dominum directum, sed tamquam privatum, ex titulo emptionis, quo casu debet collegium illam habere cum onere hypothecae impositae per Junetinum, super dictis melioramentis prout bene tradit, et distinguit Guido Papae dec. 575. Jacob de S. Georgio in investitura feudi ℥. quod quidem investiti n. 62. vers. ad argumenta Boer. dec. 181. n. 6. et 7. Osasc. dec. 156. n. 14. vers. non obstat, et in specie Fulgineus de jure emphyteutico titulo de renunciationibus quaest. 3. n. 9.* in haec verba. Sed praedictis non obstantibus, credo, quod quando emphyteusis revertitur ad dominum tamquam privatum, quia emit illa ab emphyteota, vel ex donatione, aut legato, vel alio titulo eam ab emphyteuta habuit, vel etiam ex renunciatione, et non jure praelationis, aut jure commissi, servitutes hypothecae, et alia onera realia, vel personalia non resolvantur, sed firme remaneant omni tempore. *Tiraq. de retract. lig. ℥. 34. Gloss. 1. n. 9 Surd. cum aliis per eum allegatis, dec. 286. n. 3. et 4. Corb. de caus privat. ob non solut. canon. ampl. 34. in fine, et ita post haec scripta inveni Rot. in recent. part. 1. dec. 294. n. 11. tenentem, Cens. de censib. part. 1. cap. 2. quaest. 2. n. 9.* et praedictam opinionem esse communem attestatur *Bursat. consil. 171. n. 29. idem Tiraq. de retract. convent. ℥. 3. Glos. unica n. 11. Guid. Pap. dec. 575. Negus de pign. memb. 1. part. 5. n. 34. Maurus Burgius de laud. insp. 20 part. 2. in fine, et amat. de pont. eodem tract. 41.*

QUAESTIO XI.

An maritus possit constituere servitutem stillicidii, in fundo dotali.

SUMMARIUM.

1. Maritus an possit imponere servitutem in fundo dotali cum distinctione resolvitur quaestio.
2. Dominium fundi dotalis aestimati, ea aestimatione quae facit emptionem est penes maritum, una cum periculo.
3. Servitus constituta a marito, in fundo dotali aestimato, ea aestimatione, quae non facit emptionem, extinguitur soluto matrimonio.
4. Dotis aestimatae, damna, et lucra ad maritum spectant, nec vir tenetur restituere res in dotem traditas, sed pecuniam, seu aestimatio.
5. Maritus non tenetur de interitu rei dotalis aestimatae, sed non titulo emptionis, quando, non erit in culpa, non est enim aestimatio quae faciat emptionem.
6. Maritus, non tenetur de rei dotalis interitu, quando dos est aestimata, ut sciatur deterioratio, si contingat, dummodo adsit speciale pactum de restituenda re, et si aestimatae, et non aliter.
7. Aestimatio, non semper transfert dominium.
8. Maritus in dote inaestimata non potest servitutem constituere in fundo dotali, duraturam soluto matrimonio.
9. Augumentum, lucra, et damna spectant ad maritum in dote aestimata, vel ad ejus haeredes.
10. Mulieri in dote aestimata non competit actio ad rem dotalem repetendam, quia sola pecunia, est in solutione, seu obligatione.
11. Servitus imposita, per maritum in fundo dotali inaestimato, si dos ex dispositione statuti soluto matrimonio debeatur viro, an eo in casu extinguetur, hic resolvitur negative.
12. Causa superveniens convalidat actum, a principio nullum.
13. Venditor rem furtivam vendens, si postea haeres domina extiterit, non potest agere.
14. Quod a principio est nullum tractu temporis non convalescit, quia procedit, re in eodem statu permanente, secus alio superveniente.
15. Jus superveniens ex causa de praeterito, consolidat judicium retro nullum.
16. Minores constituentes servitutem in propriis bonis sine debitis solemnitatibus, si pervenerint ad vigesimum quintum annum, et exinde intra quinquennium non reclamaverint, servitus non remanebit extincta, si agitur in causa onerosa, secus in causa lucrativa, quia post vigesimum quintum annum, datur decennium inter praesentes, et vicennium inter absentes.
17. Aestimatio facit emptionem, quando sumus in dubio.
18. Mulier quando ad inopiam vergit, non obstante quod dos sua sit aestimata, attamen quando aliter sibi providere non potest, habet etiam actionem vindicationis ejusdem dotis, ne creditores occupent res dotales.
19. Actio aestimatoria non facit emptionem, sed ut tantum sciatur deterioratio, quando datur alicui res vendenda, et hic explicatur.
20. Res tradita vendenda, cum hac conditione seu clausula, traditur aestimata, ut aut eadem res restituatur, aut pretium, si pereat ante venditionem, cui pereat? hic cum distinctione resolvitur.

Respondetur distinguendo, vel fundus in dotem traditus est aestimatus, vel inaestimatus: si est aestimatus ea aestimatione quae facit emptionem, et tunc maritus potest imponere servitutem in dicto fundo dotali, ea ratione, quia dominium dicti fundi est penes maritum, ad formam textus *in l. quoties 5. c. de jure dotium*, in haec verba. *Quoties res aestimatae in dotem dantur, maritus dominium consecutus, summae velut pretii debitor efficitur. Si itaque, non convenit, ut soluto matrimonio restituerentur, et jure aestimatae sunt, retinebit eas, si pecuniam tibi offerat*, et clarius *in l. cum dotem 10. c. eod. titulo*, in haec verba. *Cum dotem te aestimatam accepisse profitearis, apparet jure communi per pactum, quod doti incertum est, firmato contractu exemplo actionem esse. Quis enim dubitet aestimationem a te mulieri deberi, cum periculo tuo res deteriores fiant, vel augumenta lucro tuo recipiantur.* 1 2

Si vero res dotales sint quidem aestimatae, sed non ea aestimatione quae facit emptionem, sed ut tantum sciatur valor rerum dotalium, si fuerint deterioratae, tunc servitus non potest constitui, per maritum, nisi durante matrimonio, quo soluto extinguetur servitus, et ideo in materia rei dotalis, duplex potest fieri aestimatio: prima est, ut vere et realiter bona aestimentur ad formam textus *in dicta l. quoties, et in dicto l. cum dotem supra extensae*, et haec dicitur vera emptio, secundo modo fit aestimatio bonorum dotalium, non ut dicatur facta emptio, sed in tantum bona aestimantur in quantum scire possit tempore restitutionis, an sint deterioratae, ad hoc, ut maritus, seu ejus haeredes teneantur postea supplere deteriorationem in restitutione bonorum dotalium, ad formam textus *in l. si inter virum 21. c. eodem titulo, de jure dotium*, cujus haec sunt verba. 3

Si inter virum, et uxorem pactum sit interpositum, ut si matrimonium intra quinquennii forte tempora quomodo esset dissolutum, species aestimatae dotis datae, pretiis, quibus aestimata sunt, redderentur: manifestum est, non pretia specierum dari, sed ipsas species debere restitui: cum in placitis specierum reddendarum ideirco pretiorum nomen videatur annexum, ne si species aliquo diminuta fuisset, aut perdita, alio pretio, quam quo taxata fuerat, reposceretur.

Itaque inter has aestimationes magna est discrepantia, quia in aestimatione, quae facit emptionem dominium transfertur in virum dicta *l. quoties. ut supra extensa, ubi etiam Baldus cod. de jure dotium, et l. plerumque 11. ff. de jure dotium* hinc omne damnum, et lucrum ad virum spectat, ut notat *Castillas de usufructu cap. 4. n. 7. et sequentib. Petrus Barbosa in leg. si aestimatis n. 5. ff. soluto matrimonio. Hoc idem confirmat. Brunema. in dicta l. quoties 5. l. cum dotem 10. et l. si inter* 21. eademque ratione si res pondere, numero, et mensura constans detur in dotem, tunc multo magis periculum, et commodum erit ipsius viri idem *Castillus loco citato n. 14. Molina de justitia, et jure tract. 2. disputatione 426. n. 3.* nec tenetur restituere rem, sed pretium *dicta l. quoties 5. dicto l. cum dotem 10.* 4

Quotiescumque, vero aestimatio rerum dotalium facta est, non eo animo, ut fiat emptio, et venditio, sed ut si res in dotem data culpa mariti, seu ejus negligentia deteriorata fuerit, sciatur, quid debeat praestare maritus ratio-

ne rei deterioratae tempore, quo fiet restitutio dotis soluto
5 matrimonio, nam si perierit res dotalis, sine culpa mariti in
eo casu marites ad nihil tenebitur, quia non transfertur do-
minium in maritum ad formam dicti tex. *in l. si inter.* Hoc
6 tamen ita est intelligendum, quando inter Maritum, et mu-
lierem, seu inter personas dotem tradentes factum fuit pa-
ctam speciale de restituenda re in dotem data, sed aestimata
tantum pro deterioratione, quae circa eam contingere posset
ita disponit *dicta leg. ex si inter. cod. de jure dot.* Sea ut
ait *Bruneman. loco citato* quando aestimatio facta fuit hoc
fine, ut si diminuta esset, aut perdita species culpa mariti,
sciretur, quo pretio deberet aestimari; non enim aestimatio
7 semper transfert dominium. De qua constitutione loquitur.
*Fontanella de pactis nuptialibus gl. 8. par. 3. claus 7. de
dote aestimata et inaestimata n. 34. et seqq. et praecipue n.*
7. qua in casu si maritus constituat servitutem stillicidii in
fundo dotali *per tex. in l. 3. ∂ simili moda ff. de reb. eorum*
in haec verba. *Simili modo dici potest, nec servitutem im-
poni posse fundo pupilli, vel adolescentis, nec servitutem
remitti Quod et in fundo dotali placuit.* Et clarius in *l
Julianus 5. ff. de fundo datali:* in haec verba. *Julianus li-
bro decimo sexto digestorum scribit, neque servitutes fundo
debitas posse maritum amittere, neque alias imponere cum
leg. seq.* in haec verba: *Sed nec libertas servitutis urbano
praedio dotali debite competit. Neper hoc deterior conditio
praedii fiat. et per text. in leg. fin. cod. de rebus alienis non
alienan.* in illis verbis. *Similique modo et servitutes minime*
8 *imponi* tunc servitus durat tantum, quantum durabit matri-
monium, quia tunc servitus expirabit, eo soluto, et ita sunt
intelligendi praedicti textus, ut nequeat maritus servitutem
imponere duraturam soluto matrimonio, sed tantam eo con-
stante. Quod secus est, si maritus per veram aestimationem
factus fuerit dominus: quia, ut diximus, dominium in ipsum
transit, et cum sit dominus, potest facere ea, quae sibi pla-
9 cuerint: nam ut docet *Fontanella loco citato.* quando dos est
aestimata aestimatione, ut supra omne augmentum prove-
niens ex ea spectat ad ipsum maritum, et ejus haeredem si-
cuti spectat; et deteriuratio, seu diminatia *ut* ibi *n.* 13. *et*
10 14. *et* mulieri non competit actio ad rem dotalem repeten-
dam, quia pecunia sola est in obligatione sit idem *Fontan.
d. a.* 14.

Hinc potest quaeri quando maritus lucratur dotem post
11 mortem uxoris ex juris municipalis dispositione soluto matri-
monio, an servitus imposita in tali fundo inaestimato extin-
guatur, an vero duret, et respondetur durare *per text. in l.
fundum datalem ff. de fundo dotal.* in haec verba, *fundum
dotalem maritus vendidit, et tradidit. Si in matrimonio
mulier decesserit, et dos lucro mariti cesserit: fundus em-
ptori avelli non potest, quia causa superveniens convalidat
actum a principio nullum. Concordat leg. cum vir. 42. ff.*
12 *de usucap.* in haec verba, *cum vir praedium dotale vendi-
dit, scienti, vel ignoranti rem dotis. esse venditia non va-
let quam defuncta postea muliere in matrimonio confirmari
convenit, si tota dos lucro mariti cessit. Ubi etiam Bart. n.*
13 7. Idem juris est in eo, qui rem furtivam vendiderit, postea
domino haeres extiterit *leg. filiam fratribus* 56. *et Bart.
ibidem n. 7. ff. ad Trebell leg. cum. dominus 19. ∂. fin. ff.
de pecul. lega. leg. apud Celsum 4. ∂. si a Titio ff. de doli
mali exceptione l. illicitae 10. ff. de rebus eorum etc.* Ubi
loquitur in re minoris illicite alienata. Nec obstat regula,
14 quod a principio est nullum, tractu temporis convalescere non
posse. Quia *Bart. in dicta leg. cum vir. n. 7.* tollit objectum
dicendo re in eodem statu permanente procedere, secus alio
superveniente per *text. in l. fundum 11. n. 2. Idem confir-
mat ff. de servit. rustic. praedior.*

15 Quamobrem ajunt doctores, jus superveniens ex causa de
praeterito convalidare judicium a re nullum *l. si rem 9. ∂. fin.
ff. de pignoraittia actione,* in haec verba. *Qui ante so-
lutionem egit pignoratitia, licet non recte egerit, tamen si
offerat in judicio pecuniam, debet. et rem pignaratam, et
quod sua interest, consequi.* Hoc idem docet *Bart. ibid. n.*
1. *Sard. dec.* 6.

16 Idem venit dicendum in minore seu pupillo, qui consti-
tuerunt servitutem in propriis bonis durante pupillari aetate,
vel minoritate sine debitis solemnitatibus, ita ut si superve-
niat legitima aetas. non reclamando infra quinquennium in
causa onerosa, et decennium, vel vicennium in causa lucra-
tiva. Censeotur retro gestum confirmasse, atque ratificasse,
et amplius agere non poterunt. *Text. ad litteram in leg.
fin. c. de major. factus alienationem factam sine decre-
to ratam haberet,* in haec verba. *Si quando sine decreto
minorum, vel adhuc sub curatoribus constitutorum, vel per
veniam aetatis eorum curam excedentium, res alienantur,
vel supponuntur et ad perfectam aetatem iidem minores
pervecti longo silentio, querelam hujusmodi tradiderunt, ut
inutilis alienatio vel suppositio diuturno silentio roboretur.
Certum tempus ad talem confirmationem praefinitum esse
censemus. Ideoque praecipimus, si per quinque continuos an-
nos post impletam minorem aetatem, idest post viginti quin-
que annos connumerandos, nihil conquestus est, super tali
alienatione, vel suppositione is, qui eam fecit, vel haeres ejus
minime posse retractari eam occasione praetermissionis de-
creti, sed sic tenere, quasi ab initio legitimo decreto fuis-
set res alienata, vel supposita. Cum autem donationes a
minoribus nec cum decreto celebrari possint: si minor vel
post veniam aetatis rem immobilem donationis titulo in a-
lium (excepta propter nuptias donatione) transcripserit:
non aliter hoc firmitatem habebit, nisi post viginti quin-
que annos impletos, inter praesentes quidem decennium,
inter absentes autem vicennium donatore acquiescente efflu-
xerit: ut tamen in haeredis persona illud tamtummodo
tempus accedat, quod post ejus haeredis minoris aetatem
silentio transactum sit.*

Quod autem post completum vigesimum quintum annum
requiratur etiam lapsus quinquennii ad hoc minor, vel pu-
pillus amplius reclamare possit probat expresse et copiose
Octavius, Simoncellus libro 3. de decretis, tit. 9. n. 8. et
9. Ubi plenarie adducit infinitas auctoritates comprobantes
hanc propositionem, ita ut nequeat amplius petere restitu-
tionem in integrum adversus alienationem, vel servitutis
constitutionem.

Et redeundo ad mulierem respectu suae dotis, quando de-
dit dotem aestimatam ea aestimatione, quae facit emptionem,
quo in casu omne periculum transit in maritum, et servitus
per eum imposita durat, hoc etiam sit ampliandum quando es-
semus in dubio an aestimatio faciat emptionem, nam tunc do- 17
minium plene cum periculo transfertur in maritum ita pro-
bat *Bruneman. in l. quoties cod. de jure dot in fine in ver-
sic. nam in dubio per leg.* 10. 12. *et* 14. *ff. eodem titul.
Mantica de tacitis. et ambiguis libro duodecimo, titul.* 28.
et sic patet ex supradictis mulierem, vel maritum, quando
agitur de dote inaestimata, posse quidem imponere servitu-
tem duraturam tantum durante suo jure juxta superius
explicata, seu durante matrimonio.

Et quando etiam aestimatia faceret emptionem si maritus 18
vergeret ad inopiam, et creditores eum urgerent, non est
ablata facultas mulieri, quando aliter eidem uxori provideri
non potest, etiam si sit vidua, ut ei competat vindicatio uti-
lis, ne creditores ullo modo occupent res quae uxoris fue-
runt ex doctrina *Pinelli in l. 1. c. de bonis maternis par.
3 n. 15. Ant. Faber. in c lib. 5. tit. 7. definit.* 43.

Caeterum, quando aestimatia fit solummodo ad affectum,
ut sciatur valor ipsius rei, ut si contingat deteriorari, scia-
tur, quid sit praestandum haec aestimatio non transfert
dominium, sed tantum periculum deteriorationis, ex cul-
pa recipientis procedens ad formam *textus in lege pri-
ma, ∂. fin. ff. de aestimatoria act.* in haec verba. *Aestima-
tio autem periculum ejus facit, qui suscepit. Ut igitur ipsam
rem debebit incorruptam reddere, aut aestimationem, de
qua convenit.* Et natura hujus contractus seu actionis aesti- 19
matoriae non est, ut faciat emptionem, ut alioqui voluot; ut
notat *Zoesius in commentariis digestorum lib. 19. tit. 3.
n. 2.* quia male dicunt, ut ait ipse per haec verba. *Cum non
hoc agatur, ut res illi, cui aestimata traditur, si vendita,
sed, utile vendendum accipiat suo periculo. teneaturque,
vel ipsam rem incorruptam reddere, vel pretium conventum
justa dispositionem dicti ∂. fin. et ut ait. Wesembec.* eo-
dem loco. *in hac enim actione probabiliter dubitari potest
an sit contractus emptionis, et venditionis, et competat
actio ex vendito, an ex locato, quanda res aestimata da-
tur vendenda, nam potius dicetur locata ad vendendum si
merces interveniat, an vero mandati, non interveniente
mercede. Itaque ad tollendas has omnes ambiguitates, ne
actor agendo periclitetur, datur haec actio aestimatoria
praescriptis verbis, quae adaptatur cuilibet negotio et
praecipue quanda facta est certa aestimatio ad effectum ta-
lem rem vendendi, ut sciatur, quantus sit ejus valor. Cae-
terum quando res aestimata daretur vendenda, ut aut illa,
aut pretium (non certum, sed justum, quod nomine pretii
absolute posito significatur l. non dubium 14. ff. de leg. 3.)*

redderetur: hoc casu, quia nullo certo definito pretio, venditio per incertom aestimationem non potuit perfiei. neque periculum tronsire, qunsi in emptarem, odhibendo erit alia distinctio l. si gratuitam 17. § si margaritas ff. praescri-
20 *ptis verbis.* in haec verba. *Si morgeritos tibi aestimotus dedero, ut out easdem mihi afferas, aut pretium eorum: deindu eae perierint ante venditionem: cujus periculum sit? et ait labeo (quod et Pomponius scribit) si quidem ego te venditionem rogavi: meum esse periculum. Si tu me tuum: Si neuter, neutrum; sed dumtoxot consensibus: teneri te hactenus, at dolum, et culpom mihi proestes. Actia autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis.*

Hoc est si res datur vendenda in gratism ipsius venditoris, vilelicet tu, qui retinebas mergaritas rogasti me. ut illas venderem, ego quia suscepi illas vendendas teneor de dolo, et lata culpa, si vero margaritae datae fuerunt vendendae *ia* gratiam mei sosceptoris, et tune ego teneor de levissima, si vero gratia ntriusque de dolo, et lata culpa. et levi. Et tunc contractus dieitur celebratus in gratiam alicujus quando is rogavit. Sie explicat Bart. *od dictum §.* Concluditur ergo quando datur aliqua res vendende, et non fuit verae aestimata, sed ut tantummodo, vel daret rem, vel pretium justum tune currit supradicta distinctio.

QUAESTIO XII.

An emphyteuta, qui imposuerat servitutem in bonis emphyteuticis acquirens postea dominium directum, teneatur nihilominus servitutem manutenere, quom constituerat duraturam tacite durante emphyteusi.

SUMMARIUM

1. Emphyteuta acquirens dominium directum, an teneatur nihilominus manutenere servitutem, quam imposuerat, tacite duraturam durante emphyteusi.
2. Dominio utili durante, quod est causa servitutis, durare quoque debet servitus imposita per emphyteutam.
3. Dominium est quid diversum a proprietate, et viceversa, proprietas non est jus disponendi.
4. Ususfructus est duplex formalis, et causalis.
5. Expressio eorum, quae tacite insunt nihil operatur, etiamsi per modum dispositionis exprimantur praecipue, quando non ex voluntate, sed ex necessitate insunt
6. Resoluto jure datoris resolvitur jus successoris, tanto magis, quando per aliquod jus superveniens corroboratur.
7. Dominus directus acquirens dominium utile ex causa voluntaria tenetur pati onera imposita per emphyteutam.
8. Servitus imposita per emphyteutam indefinite, videlicet in bonis tamquam emphyteuticis non expirat, acquisito dominio directo per emphyteutam.
9. Servitus imposita per emphyteutam in bonis emphyteuticis, addito hoc speciali pacto expresse duratura, donec durabit emphyteusis, expirat, expirato emphyteusi, per consolidationem dominii directi.
10. Indefinita aequipollet universali, et praecipue quando eadem subest ratio.
11. Testator dans tutorem filio, si plures habeat, omnibus dedisse dicetur, etiam si apud hostes existerent.
12. Petitorium absorbet possessorium, quando exceptio dominii est notoria.
13. Ususfructus extinguitur, si consolidetur cum proprietate.
14. Proprietas differt a dominio, aliud enim est proprietas aliud dominium.
15. Disparitas assignatur, inter alienationem voluntariam, et necessariam, quia in voluntaria, cum illa clausula expresse duratura durante emphyteusi importat consensum acquirentis, secus si non adsit talis clausula.
16. Quod meum est sine facto meo ad alium transferri non potest.
17. Legatum factum sub hac conditione illi, si volet, stichum do lego est conditionale, quod ad haeredem legatarii non transit, nisi legatarius velit, cum legatum sine hac clausula in se contineat talem conditionem.
18. Expressum, et tacitum, quandoque inter se differunt, et diversum producunt effectum.

1 Haec quaestio est similis quaestiani de acquisitione emphyteusis facta e domino directo, ex qae idem posset dici, et adaptari praesenti quaestioni. Verumtamen quia hanc eamdem quaestianem tetigimus in primo libro de aquaeductu *copite 3. quaestion. 3.* ubi sustinuimus servitutem non extingui quamobrem re melius considerata intendo recedere a dicta sententia, et contrarium sustinere, cum eadem tamen distinctione de qua in quaestione decima, et de qua jam in praesenti quaestione dicemus, et antequam ad ulteriora procedam huc referam fundamenta, quae in dicta quaestiane tertia diximus. Quorum.

2 Primum est durante dominio utili penes emphyteutam, quod est causa fundamentalis servitutis duret etiam ipsa servitus *dicto leg. lex vectigali* 31. *ff. de pignor. l. si is cui* 11. *§. haeres*, et *ibi etiam Bartol. ff. quemadmodum servit. amittat.* Sed dominium utile adhuc est penes emphyteutam ergo quamvis sit finita emphyteusis per novam acquisitionem directi dominii, *non* dicetur tamen extinctum, seu resolutam jus quod erat apud emphyteutam tempore constitutae servitutis.

Probatur minor ex communi doctorum sententia, quam
tuetur Castillus *usufruct. cap.* 75. n. 24. duplex esse domi-
nium directum, et utile, vel etiam dici potest, dominium es- 3
se quid diversum a proprietate, et proprietas, quid diver-
sum a dominio *Castill. ibidem numero* 37. *et* 38. et *se-
quentibus*. Nam proprietas non est dominium, scilicet non
est jus de re libere disponendi, sed est res ipsa, de qua
domino licet disponere, quia *sua* propria est. Licet ergo haec
duo sint apud unum, et eumdem hominem, tamen non per
hoc sequitur, inter se confundi *Castill. loco citato.* Ita per
consolidationem utilis dominii cum directo non inducitur
talis confusio, quae omnino tollatur hujusmodi distinctio uti-
lis, et directi circa unam, et eamdem personam argumento
tex. in l. apud Celsum 4. *§. si a Titio ff. de doli mali except.*
Sicuti duplex est ususfructus formalis, et causalis: formalis, 4
qui e proprietate est separatus. Causalis vero, qui cum pro-
prietate est conjunctus, quam distinctionem acriter defendit
idem *Castill. de usufruct. cap.* 1. *numero* 16. *et* 34. Si er-
go fit consolidatio ususfructus formalis cum proprietate,
nihilominus remanet causalis, *l. si tibi proprietas* 5. *ff. de
usufruct. accrescend. l. si fundus detracto*, 4. *ff. si usus-
fruct. petat.* in illis verbis *dixi interim eum proprietate
usumfructum esse.* Sic eleganter docet *Castil. loco cit. n.* 11.
et 12. et Fortius in *leg. Sempronius Attolus*, 26. *ff. de
usufruct. legat.* in illis verbis, *sed his casibus de sententia
testatoris quaerendum est, qui utique de eo usufructu de-
trahendo sensit, qui conjunctus esset haeredis personae.*
Sic quoque in hoc casu non debet implicare contradictionem
quod apud unam, et eamdem personam possit esse dominium
utile, et directum.

Secundo probatur nostra sententia, quia expressio eorum, 5
quae tacite insunt etiam per modum dispositionis nihil ope-
ratur vulgate, *leg.* 3. *ff. de leg.* 1. *Castil. cum magna docto-
rum caterva lib.* 4. *de conjectur. ult. volun.* 17. *n.* 44. Ad
quem me remitto, et praecipue quando non inest ex volun-
tate, sed ex necessitate. Ut *ibi n.* 51. uti est in casu nostro,
quia etiamsi exprimatur nihilominus expirabunt, jure datoris
expirante, sed sic est, quod jus datoris durat, ergo et servi-
tus. Nam lex sic disponit, et mandat *Gallin. de verborum si-
gnificat. lib.* 2. *cap.* 10. n. 12. et fusius loquitur *Castil. loco
supra citato* n. 44. *usq. in finem.*

Tertio, regula est generalis, resoluto jure datoris, illico 6
resolvi jus successoris, *l. lex vectigali* 31. *ff. de pignor.* Sed in
hoc casu jus emphyteuticum adhuc non est resolutum, imo
magis corroboratum, et convalidatum per novi juris superve-
nientis auxilium *argum l. cum ait* 42. *ubi Bart. n.* 7. *ff. de
usucapion.* ergo jure datoris durante, durabit quoque jus
successoris *l. si fundum*, 14. *ff. de condit. et demonstrat.* et
in terminis de servitute.

Quarto, et ultimo, non debet esse inferioris conditionis do- 7
minus, ac sit emphyteuta. Sed si dominus acquirat dominium
utile ex causa voluntaria, tenetur ad onera super emphyteusi
imposita per eumdem emphyteutam, veluti ex legato, dona-
tione emptione, aut ex testamento. *Seraphin. dec.* 1290. *n.*
13. *et dec.* 789. *n.* 7. *etc.* ergo idem venit dicendum de em-
phyteuta, si acquirat dominium directum ex causa volunta-
ria, haec sunt, quae in medium adduximus *in d. lib.* 1. *de
aquaeductu*, *ut supra.* pro quorum resolutione iterum op-
portunum erit distinguere, prout distinximus *quaest.* 10. *n.*
9. *hoc eodem libro.*

Vel in constitutione servitutis per emphyteutam facta di- 8
ctum fuit, indefinite, et simpliciter se constituisse servitutem
in bonis tamquam emphyteuticis, et circa hoc non est dubi-
tandum, servitutem nihilominus durare, licet emphyteuta
acquirat dominium directum, vel titulo emptionis, vel lega-
ti, vel alio quocumque titulo, per ea, quae supra adducta
sunt, et quae fuerunt allegata in supradicta quaestione deci-
ma n. 20. et ut ibi videri poterit, et hoc sine difficultate
transit.

Vel in constitutione servitutis dixit expresse emphyteutam, 9
seu acquirentem, se constituere servitutem, quae debeat du-
rare, donec durabit emphyteusis, et *non* ultra; et tunc,

9 prout diximus d. *quaest.* 10. *n.* 9. *et sequent.* dicetur extincta servitus, hac fundamentali ratione, quia illa clausula duratura, usquequo durabit emphyteusis, respicit omnem modum finiendi emphyteusis, sive ex causa necessaria, sive ex causa voluntaria, cum sit propositio indefinita, quae aequipollet universali. textus *ad literam in leg. si servitus*, 22. *ff. de servitut. urban. praedior.* in illis verbis. *Quod si ita cautum sit, ne luminibus officiatur, quia ambigua est scriptura, utrum ne iis luminibus officiatur, quae nunc sunt, an etiam iis, quae postea futura sunt, humanius est, verbo generali omne lumen significari, sive quod in praesenti, sive quod post tempus conventionis contigerit*, ut textus *in l. si ita relictum* 44. in haec verba. *Si ita relictum sit, quantum haeres meus habebit, tantum Stico dari volo, pro eo est, quasi si ita scriptum sit. Quantum omnes haeredes habebunt*, et *l. si pluribus*, 45. *ff. de legat.* 2. in haec verba. *Si pluribus haeredibus institutis, ita sit scriptum. Haeres meus damnas esto dare aureos quinque, non quilibet haeres, sed omnes videbuntur damnati, ut una quinque dena*, et *leg. si quis ita*, 16. *§. si quis filio*, *ff. de testament. titul.* in haec verba.

11 *Siquis filio tutorem dederit, et plures filios habeat, an omnibus filiis dedisse videatur? et de hoc Pomponius dubitat. Magis est autem, ut omnibus dedisse videatur*: sequitur postea dicendo. *Si quis liberis tutores dederit, vel filiis, et habeat quosdam, apud hostes, etiam ipsis dedisse videbitur, si non aliud aperte probetur, testatorem sensisse.* Et plenarie de hac indefinita scribit *August. Barbos. in Axiomat. juris*, 123. *Indefinita*, *n.* 1. *et sequent.* et praecipue quando eadem subest ratio omnium sub indefinita comprehensorum, *ut n.* 2. hinc emphyteusis non tantum potest cessare, seu finire ex causa necessaria, sed etiam ex quacumque causa voluntaria, ideo tantum durabit servitus, quantum durabit emphyteusis, sed sic est, quod istud jus emphyteuticum jam expiravit, ergo, et servitus. Sive quia ut, diximus dicta quaestione, tenebatur servitutem acquirens, se declarare circa emphyteusis terminationem, ut solummodo haberet locum, quoties emphyteusis cessaret ex causa necessaria tantum, non vero ex voluntaria, quod non fecit, ergo sibi est imputandum, cum potuerit hoc praecavere, et neglexit prospicere, ut diffuse diximus *sup. d. qu.* 10 et hic habeantur pro repetitis *a n.* 9, *usque ad* 19. *inclusive.* Restat modo respondendum ad contraria.

Ad primum respondetur, resoluta emphyteusi resolutum esse jus emphyteutae, et amplius non potest dici talis, cum sit dominus directus similium bonorum, implicat enim contradictionem, quem respectu rei possessae dici dominum utilem et directum, quia dominium directum, quod est principale, trahit ad se utile, et cum directo confunditur, prout dicimus de petitorio, et possessorio, videlicet petitorium absorbere

12 possessorium, quando dominium, seu exceptio domii inest notoria. *Pennia decis.* 521. *n.* 7. et 8. *Seraphin. decis.* 555. *n.* 7. *Rot Rom. diversor. part.* 2. *decis.* 167. *n.* 10. *Abb. in c. consultationibus de jure patronat. n.* 9. *Augustin. Barbos. ibidem n.* 3. *Rota Rom. pariter penes post tractat.*

13 *de manutenend. decis.* 202. *n.* 11. *personal. de adipiscend. sub n.* 290. vel etiam siculi dicimus usumfructum extingui, quando consolidatur cum proprietate textus ad litteram *in §. finitur institut. de usufructu* in illis verbis. *Vel ex contrario usufructuarius proprietatem rei adquisierit, quae res consolidatio appellatur, de qua loquitur Tiraquell. in tract. lignag. §.* 1. *glo.* 7. ita a paritate rationis consolidato dominio utili cum directo, unicum tantum dicitur dominium, et a principali venit denominandum, nam de tota re potest libere

14 disponere, de qua alias non poterat, *l. in re mandata c. mandati* nec paritas adducta de proprietate, esse quid differens a Dominio, nam aliud est proprietas, aliud dominium, de qua diversitate loquitur *Castill. de usufructu cap.* 75. *n.* 37. *et* 38. ad quem me remitto.

Sed in hoc non consistit solutio contrariorum, est ulterius procedendum; nam jam mox dictis objici potest, non tolli difficultatem, datur enim casus, in quo dominium utile consolidatur cum directo, quando exempli gratia, dominus directus acquirit titulo voluntario dominium utile, ubi licet sit extincta emphyteusis, nihilominus servitus durat, ut probavimus in hac quaestione in prima parte distinctionis, et *in d.* 10. *quaest. n.* 20. Ideo est advertendum pro vera solutione, quod quan-

15 do diximus in hac nostra distinctione servitutem expirare, etiam si alienatio fuerit voluntaria, quia in hac nostra thesi, concurrit voluntas acquirentis, ad extinguendam servitutem, quae non concurrit quando alienatio facta fuerit simpliciter in bonis emphyteuticis, nam tunc in resolutione contractus non concurrit voluntas acquirentis servitutem, hinc ex regula, quod meum est a me minime auferri potest sine meo con-

sensu, vel sine facto meo ad alium transferri non potest *l. id* 16
quod nostrum 11. *ff. de regul. jur.* ideo, quando dominus directus acquirit utile dominium titulo emptionis, vel alio titulo, et hoc non ex causa necessaria, sed voluntaria non potest illud acquirere, nisi cum suis obligationibus jam contractis per emphyteutam, neque ibi concurrit voluntas domini servitutis, et ideo eo in casu non extinguitur servitus, sed in nostra praesenti quaestione, in alienatione voluntaria emphyteusis concurrit voluntas domini servitutis, quia servitutem acquisivit in bonis emphyteuticis, cum hac expressa conventione, duraturam durante emphyteusi, quam non restrinxit ad causam necessariam tantum, sed indefinite illam ampliavit etiam ad voluntariam, cum generaliter locutus sit; ut supra probavimus, ideo cessat regula illa, quod nostrum est sine facto ad alium transferri non potest, quia hic domini servitutis concurrit voluntas, quia indefinita aequipolleat universali, ex latere autem emphyteutae fundata remanet intentio in illa clausula, quae generaliter loquitur duraturam, durante emphyteusi, sed sic est, quod jam emphyteusis est extincta ergo etc. juncta *l. si ita legatum sit* 68. *§. illi, si*

volet. ff. de lega. et fideicom. dicendo, *Illi si volet, Stichum* 17
do, conditionale est legatum, et non aliter ad haeredem transit. Quam si legatarius voluerit. Quamvis alias sine adjectione hac, si volet legatum sit, ad haeredem legatarii

transmittatur. Aliud enim juris est, si quid tacite continetur. 18
Aliud si verbis exprimatur. Hoc est licet legatum habeat in se tacitam conditionem quatenus legatarius illud acceptaverit, cum sit in ejus facultate illud acceptandi, et non acceptandi. Hoc unum est legatum illud dicitur purum, et transmittitur ad haeredes etsi legatarius illud non agnoverit, ut disponit, et clare deducitur ex dicto *§. illi si volet.* Nihilominus, si addatur illa clausula expresse, *si volet*, legatum fit conditionale nec transmittitur ad haeredem. Ita et in casu nostro, licet emphyteuta constituerit servitutem in bonis emphyteuticis, et in tali constitutione inest illa tacita conditio, donec durabit emphyteusis. Si tamen illa clausula exprimatur inter partes inducet aliam dispositionem, hoc est, includet in se quamlibet terminationem emphytheusis sive per causam necessariam sive voluntariam ratione propositionis indefinitae, ut supra pluries repetitae, quando acquirens illam non modificaverit per verba expressa, ut non habeat locum nisi, quando emphyteusis terminabitur per causam necessariam; tenebatur enim praevidere hunc casum, quem quilibet diligentissimus paterfamilias praevidisset, pro ut diximus supra in dicta decima quaestione *sub n.* 12. *et* 13.

QUAESTIO XIII.

An usufructuarius possit imponere servitutem stillicidii, vel alterius servitutis, in re usufructuaria, etiam cum consensu proprietorii.

SUMMARIUM.

1. Usufructuarius regulariter loquendo non potest servitutem imponere in proprietate etiam cum consensu proprietarii.
2. Proprietarius potest servitutem acquirere etiam invito usufructuario.
3. Usufructuarius potest servitutem retinere, et si ea non utatur, et culpa sua eam amittat, ad id, quod interest proprietario tenetur.
4. Proprietarius ne possit imponere servitutem in re fructuaria, si eidem usufructuario, non sit nocitura.
5. Usufructuarius altius tollere non potest, quamvis id non noceat proprietati.
6. Usufructuarius aedificium inchoatum perficere non potest, etiam si eo loco, aliter uti non possit, neque usumfructum illius esse nisi aliter cautum sit.
7. Proprietarius etiam cum consensu usufructuarii, quare servitutem imponere nequeat, hic assignatur ratio.
8. Proprietarius, cum consensu usufructuarii de jure praetorio potest servitutem imponere in re fructuaria secundum auctorem.
9. Servitus de rigore juris non potest constitui neque sub conditione, neque in diem neque ad tempus, attamen, si constituatur obstat pactum de doli exceptione.
10. Pactum, quod proprietarius cum consensu usufructuarii possit in re usufructuaria servitutem imponere, non est contra leges, neque contra bonos mores.
11. Pactum, quod proprietarius cum consensu usufructuarii possit servitutem imponere in re fructuaria, est quidem contra juris subtilitatem, non contra ipsum legem.

Conclusio de jure regulariter loquendo usufructuarium, 1
non posse servitutem imponere in proprietate, seu re usu-

2 fructuaria, etiam si accedat consensus proprietarii, licet proprietarius, etiam invito usufructuario servitutem acquirere
3 possit rei usufructuariae, usufructuarium vero posse quidem servitutem retinere, et si ea non utatur, et sua culpa illam amittat, ad id quod intersit proprietario tenetur hoc totum probatur ex *l. sed, et si quid.* 19. *§. sed nec servitutem, ff. de usufruct.* cujus haec sunt verba.

Sed nec servitutem imponere fundo potest proprietarius, nec amittere servitutem. Acquirere plane servitutem eum posse, etiam invito fructuario Julianus scripsit. Quibus consequenter fructuarius quidem acquirere fundo servitutem non potest; retinere autem potest. Et si forte fuerit non utente fructuario omissa, hoc quoque nomine tenebitur. Proprietatis autem dominus, ne consentiente quidem fru-
4 *ctuario servitutem imponere potest.* Veruntamen aliqui dicunt, posse proprietarium imponere servitutem in re fructuaria, si illa non nocet eidem fructuario, hoc autem probant per textum *in l. nisi* 20. *ff. eod. tit.* in haec verba. *Nisi per quam deterior fructuarii conditio, non fiat; veluti si talem servitutem vicino concesserit, jus sibi non esse altius tollere,* quod hoc concedere nequit fructuarius, probat
5 textus *in l. aequissimum §. inde Nerva. ff. eod. tit.* dicendo. *Inde Nerva eum, cui aedium ususfructus legatus sit, altius non posse tollere, quamvis lumina, non obstruentur* in pandectis florent. *obturentur, quia tectum magis tuebatur, quod Labeo etiam in proprietatis domino scribit. Idem Nerva, nec obstruere eum posse.* Quin imo, aedificium inchoatum fructuarius perficere non potest; etiam si dicto loco uti non possit probat textus *l. usufructuarius* 68. *ff. de usu-*
6 *fruct.* dicendo. *Aedificium inchoatum fructuarium consumare non posse placet; etiam si eo loco aliter uti non possit. Sed ne ejus quidem usumfructum esse; nisi in constituendo, vel legando usufructu, hoc specialiter adjectum sit ut utcumque ei liceat.*

7 Laborant autem interpretes in inquirenda ratione, quare proprietarius etiam cum consensu usufructuarii servitutem imponere nequeat; omissis omnibus rationibus, ab interpretibus adductis, mihi placet illa ratio, quam adducit *Castillus de usufruct. cap.* 35. n. 8 quam deduxit *ex Raphaele Fulgos. in eadem l. dicto §. sed nec servitutem*; nam proprietarius, et usufructuarius simul ideo servitutem constituere non possunt, quia neuter eorum perfecte dominus est, proprietarius enim jus utendi, et fruendi non habet, et consensus usufructuarii, non potest jus proprietarii integrum facere, si ipse usufructuarius retineat usumfructum, et ideo nec consentiente usufructuario poterit jus realis servitutis constituere. Usufructuarius autem cedere, aut imponere non potest, eo quod non sit dominus, haec supra dicta conclusio procedit, de jure stricto, attamen secundum aequitatem, seu secundum jus praetorium.

8 Nostra sit conclusio, usufructuarium, seu melius proprietarium posse cum consensu usufructuarii servitutem imponere in re fructuaria, ut dixi de jure praetorio, hoc est de aequitate, probatio est in promptu. Nam in jure scriptum est servitutem, neque sub conditione, neque in diem, neque ad tempus nullo pacto consistere posse, si tamen inter partes actum hoc sit expresse, agenti ad perpetuandam servitutem obstabit pactum doli exceptione textus est ad literam, *in l. servitutes,* 4. *ff. de servitut* haec sunt verba.

9 *Servitutes ipso quidem jure, neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem (verbi gratia, quamdiu volam) constitui possunt; sed tamen si haec adjiciantur per pacti, vel doli exceptionem occurretur contra placitum servitutem vindicanti,* et ita explicat *Glos. ibidem*, in verbis *ipso quidem jure;* hoc est de subtilitate juris, aliud autem est de aequitate, quae praevalet; hancque doctrinam approbant. *Bart. et Florian. in dicta l. et idem probat textus in l placuit* 8. *c. de jud.* in haec verba, *placuit in omnibus rebus praecipuam esse justitiae aequitatisque scriptae, quam stricti juris rationem.*

10 Confirmetur autem ratione haec nostra conclusio, quia pactum illud non est contra leges, neque contra bonos mores, ideo venit observandum *l. juris gentium* 8. *§. praetor ait ff. de pact.* ait enim. *pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, neque, quo fraus cuiquam eorum fiat, facta erunt, servabo.* Hujusmodi autem pactum ab usufructuario factum, non est contra leges, neque contra bonos mores, ergo venit servandum.

Neque obstat, si dicatur, imo esse contra legis dispositionem, quae impedit usufructuarium facere tale pactum, cum proprietario. Nam respondetur, esse quidem contra juris sub- 11
tilitatem non autem ex diametro contra legem ipsam, sed contra ejus rigorem, nam sicuti valet pactum de constituenda servitute ad certum tempus, vel in diem, vel sub conditione extinctive, licet tale pactum sit contra juris rigorem, ita idem dicendum est de tali pacto, tanto magis, quia agitur favore usufructuarii, ne impediatur, uti usufructu, cui favori renunciare potest *l. quod favore argument. deduct. c. de legib. et constitut.* et deducendo argumentum, ab eo quod habetur *in l. apud Celsum.* 4. *§. quaesitum ff. de dol. mal. et met. except.* quando dixit. *Quaesitum est, si cum fundi usumfructum haberem, cum fundum volente me vendideris: an vindicanti mihi usumfructum exceptio sit objicienda; et hoc jure utimur, ut exceptio doli mali noceat.*

Quo textu supposito, sic nobis est discurrendum; non potest assignari disparitas inter nostrum casum, quando usufructuarius consentit, ut proprietarius imponat servitutem in re usufructuaria, cum ususfructus, ut supra saepe saepius dictum est, sit dividuus, et possit pro parte constitui, non implicat contradictionem, ut sicuti usufructuarius potest permittere, ut proprietarius vendat proprietatem, et ita extinguatur ususfructus juxta dispositionem dicti *§. quaesitum,* si enim usufructuario vindicanti usumfructum, obstat exceptio doli mali, ita etiam venit dicendum, quando usufructuarius permittit proprietario, ut possit imponere servitutem in re fructuaria, et ea imposita non possit amplius usufructuarius dictae rei servituti obligatae uti usufructu, quia obstat doli exceptio, ut supra dictum est; nam valet argumentum, ut id, quod dicitur de toto idem dicatur de parte. Hinc usufructuarius nedum poterit praestare consensum ad imponendam servitutem in re usufructuaria, quae illi non noceat, sed etiam, ut possit imponi servitus, illi quoque damnosa cum, ut diximus, unusquisque possit renunciare favori suo quem possidet.

QUAESTIO XIV.

An beneficiatus possit imponere servitutem stillicidii, vel alias servitutes in bonis sui beneficii.

SUMMARIUM

1. An beneficiatus servitutem stillicidii, sicuti et alias servitutes possit imponere in bonis ecclesiasticis sine debita solemnitate, eo quod sint species alienationis.
2. Servitus aquaeductus vigore nov. constitut. Mediolanen. potest imponi in fundo alieno invito domino, soluto tamen pretio etc. etiam in bonis ecclesiasticis.
3. Beneficiatus volens imponere servitutem aquaeductus in bonis sui beneficii, quid teneatur servare in dioecesi papiensi.
4. Beneficiatus servitutem stillicidii non potest imponere in bonis sui beneficii directe.
5. Pupillus, vel minor non potest imponere servitutem in propriis bonis sine decreto judicis, sicuti nec acquisitam remittere potest sine judice, neque favore fratris majoris.
6. Beneficiatus, vel ecclesia, an possit imponere servitutem in bonis ecclesiae sine beneplacito apostolico, et cum distinctione resolvitur quaestio.
7. Episcopus non obstante juramento suo de non alienandis etc. potest concedere facultatem in rebus modicae quantitatis; quaenam autem dicatur modica quantitas hic explicatur.
8. Valor rei antiquitus magna quantitate aestimabatur, his vero temporibus modica, ut in dotibus scutorum mille.
9. Episcopus potest concedere licentiam alienandi bona ecclesiastica, non excedentia valorem quinquaginta scutorum, regulandum ad quinque pro singulo centenario, licet sacr. congregat. contentetur solum in ratione trium pro centenario.
10. Praescriptio centenaria requiritur contra Romanam ecclesiam, contra vero alias ecclesias sufficit quadragenaria, et ita acquirenda servitute exigitur, secus de jure civili, ubi sufficiunt decem anni inter praesentes, et viginti inter absentes.
11. Bona haeretici, si fuerint possessa ab ejus filiis per annos quadraginta, etiam si ad Romanam ecclesiam spectarent, possunt per talem praescriptionem acquiri.
12. Religio Benedictina in praescriptione gaudet privilegio 60. annor.
13. Servitutem volens acquirere in bonis ecclesiasticis, quid debeat pernecesse probare.
14. Titulus requiritur in praescriptione, quando contra praescribentem est praesumptio juris in contrarium, caeterum sola bona fides erit sufficiens.
15. Res quaelibet praesumitur libera, nisi probetur serva.
16. Bona fides in dubio praesumitur in praescriptione quadragenaria, et praecipue quando provenit ex ignorantia facti.
17. Titulus in praescriptione decem, vel viginti annorum in rebus corporalibus pernecesse requiritur, triennaria, vel quadragenaria non requirit titulum.
18. Praescriptio nulla currit de jure canonico sine bona fide omni tempore.
19. Res ecclesiae non dicuntur impraescriptibiles, quia jus canonicum admittit talem praescriptionem.

1 Constat impositionem servitutis esse speciem alienationis, bona autem ecclesiastica non possunt alienari sine debitis solemnitatibus, ideo videbatur dicendum etiam in constitutionem servitutis in bonis beneficii requiri beneplacitum apostolicum, ut notat *Berov. in c. nulli numero* 78. *et* 79. *de reb. ecclesiae non alienat. Pen. dec.* 123. *num.* 8. *et* 9.
2 hinc si loquamur de servitute aquaeductus certum est ratione publicae utilitatis posse constitui etiam in bonis ecclesiasticis absque debitis solemnitatibus; nam in hac nostra ditione Mediolanensi adsunt constitutiones *in titulo de aquis, et fluminibus.* ut unusquisque possit etiam invito vicino aquam ducere per fundum alienum, soluto tamen pretio terrae occupandae, in haec verba, *per prius solventibus pretium terrae, quae in his occupanda erit, quartamque partem, ultra aestimationem veri pretii, et damnum si quod inferri continget, arbitrio duorum virorum, in similibus peritorum, qui tamen, respectu damni illud plusquam in duplum verae aestimationis aestimare non possunt.* Imo aquam ducentes tenentur ad pontium constructionem, et ad alia necessaria eorumque manutentionem, prout diffuse colligitur ex eisdem constitutionibus. Et cum agatur de bono publico poterit etiam per bona ecclesiastica aqua duci ad formam decreti per ecclesiam judicem interponendi, tempore Cardinalis de Rubeis emanati anno 1581. die quinta maii, ut ex cancellaria episcopali apparet in haec verba.

3 Possint etiam, illi, qui transitum aquae ducendae dederint in, et super ripis, et arginis arbores plantare; ita tamen, et taliter, quod damnum, et impedimentum aliquod non inferatur, cursui, et transitui dictae aquae ducendae, et hoc ultra dictam tertiam partem veri valoris, et ne fraus damnumve ipsi ecclesiae in pretio, et loco, per quem aquae ducuntur, fiat, mandamus, et ordinamus, ut pretium ipsum totum, et integrum penes idoneum virum deponatur in forma depositi deincepsque in emptionem bonorum immobilium (si quantitas pretii ad id sufficiat) alias in reparationem ecclesiae bonorumque ipsius, aut pro comparandis indumentis, aut vasibus, rebusque aliis pro divini cultus decore, aut ipsius ecclesiae ornamento arbitrio nostro, successorumque nostrorum pro tempore existentium convertatur, et distribuatur. Nec non prohibetur expresse ne contractus, conventiones aliquae super praemissis, ipsius veri pretii solutio integra, aut pro parte fiat, nisi coram nobis, nostrisque successoribus, aut vicario generali, et notariis curiae nostrae, quod si secus factum fuerit, contractus, et conventiones nullae sint, et omne id, et totum irritum sit, et inane, et ille, qui agrum ecclesiae inconsulto ordinario alienare praesumpserit, arbitrio nostro, nostrorumque successorum puniatur, teneaturque emptor talis transitus aquae ducendae solvere, ultra supradicta, omnes expensas contractus, et decreti, ac intra mensem suis expensis dare alienanti copiam instrumenti authenticam, et circa hanc servitutem non est dubitandum, beneficiatum juxta formam in dicto decreto praescriptam posse hanc servitutem, aquaeductus servitutem imponere super bonis beneficij.

Difficultas autem versatur circa impositionem aliarum servitutum, veluti stillicidij, oneris ferendi, et caeterarum servitutum. Quo in casu existimo distinguendum, videlicet vel quaerimus an beneficiatus directe possit imponere servitutem stillicidii, et alias servitutes, etiam rusticas (excepta servitute aquaeductus) de qua non est dubitandum eum imponere posse, attento decreto ut supra enunciato; et tunc id
4 quod dicitur de pupillo, et minore idem venit, dicendum de
5 beneficiato, sed sic est neq; pupillus, neque minor possunt imponere servitutem sine decreto judicis *l. final. c. de rebus alienis non alienandis*, ibi, *nemo prohibitus alienare, potest servitutem imponere*, in illis verbis. *Simili modo, et servitutes minime imponi* eo quod pupillus, et minor non habeant facultatem alienandi bona propria auctoritate sine judicis decreto *l. prima* §. 1. *minor. ff. de rebus eorum, qui etc. et l. prima, c. de praediis minorum. per totum titulum.* Quin imo, nec acquisitam possunt remittere sine decreto, *l. tertio* §. *simili modo ff. de rebus eorum etc.* in haec verba. *simili modo dici potest, nec servitutem imponi posse fundo pupilli, vel adolescentis: nec servitutem remitti*, quod et in fondo dotali placuit. Non potest pupillus servitutem constituere fratri majori sine decreto judicis *l. non solum* 4. §. *igitur c. de praediis mono.* in haec verba. *Igitur, et tu si fratribus tuis, per transactionem fundum dedisti, vindicare eam potes, sed et si quid invicem ob eis ex eodem pacto consecutus es, id mutuo restituere debes.* Quod ergo dicitur de pupillo, et minore idem venit dicendum de rebus ecclesiae immobilibus, ut nec ipsa ecclesia, vel beneficiatus possit imponere servitutem, seu alienare bona proprie beneficii sine debitis solemnitatibus, ut probat diffuse,
Augustinus Barbosa in extravaganti ambitiosi de rebus 6
ecclesiae non alienandis, quod sine difficultate transit. Difficultas autem versatur circa beneficiatum, seu ecclesiam, nam difficillime potest obtinrri beneplacitum apostolicum, quod est necessarium in hujusmodi alienationibus dicta *extravaganti ambitiosi*. videtur distinguendum, vel agitur de valore magnae quantitatis, rei, in qua imponenda est servitus, et tunc non est dubitandum requiri beneplacitum apostolicum. Vel agitur de modica re, et tunc poterit episcopus concedere decretum alienandi juxta dispositionem *c. terrulas* 12. *quaest.* 2. quando enim agitur de aliqua petio- 7
la terrae conceditur facultas episcopo dandam licentiam non obstante juramento, per eum praestito de rebus ecclesiae non alienandis, probat *Augustinus Barbosa de potestate episcopi allegatione* 95. *n.* 22. *Gratian. discept. forens. cap.* 452. *per totum*, *Urselius Foroliviensis*, *conclus.* 85. *n.* 289. et 291.

Verum tota difficultas versatur in valore, hoc est circa quantitatem pretii ejusdem rei alienandae ad quam quantitatem se extendat auctoritas episcopi, ut juste, et valide suum possit interponere decretum. Multi multa dicunt *Glos. enim in dicto cap. terrulas*, in verbo, *exiguas*, affirmat usque ad quantitatem viginti solidorum. Idem tenet. *Archidiaconus in cap. si quas* 3. *in quaest.* 2. Alii dicunt remittendum arbitrio judicis, ut inspecta rei alienandae, qualitate, personarum, nec non etiam ecclesiae, cujus est res alienanda, num abundet redditibus, nec ne, vel etiam attendendam esse consuetudinem loci, de quibus omnibus loquitur diffuse. *Redovan. de rebus ecclesiae non alienandis, quaest.* 10. n *n.* 1. *usque ad finem. Quaranta in verbo alienatio* n. 41. refert per Sacram Congregationem declaratum fuisse per *Paulinam*, *et Concilium Trid. minime fuisse derogatum cap. terrulas supra cit.* Sed posse episcopum absque metu perjurii terrulas, et vineolas alienare non observata solemnitate extravagantis ambitiosae, difficultas vero in eo residet, ad quam quantitatem judicis arbitrium possit se referri, et ideo referam, id quod dicit *Gratianus discept. forens. cap.* 452. *n.* 17. in haec verba, *neque ei dubitandum, nos esse in terris exiguis, et modici valoris nam quamvis Gloss. in dicto cap. terrulas restringat istam modicitatem ad solidos viginti, quod interpretantur doctores ad viginti aureos juxta Gloss. in l. fin. in verbo aureo ff. de in jus vocando Redoan de Simon. Mental. parte* 2. *cap* 23. *n.* 5. *tom.* 11. *parte* 2. *fol.* 73.

Tamen verior est opinio, quod hoc remittatur arbitrio judicis, qui attendere debet consuetudinem terrae, et facultatem rei datae, ac venditae per textum in cap. caeterum de donat. et per plures alios auctores quos ipse citat. ut apud eum videri poterit, sequitur postea dicautur.

Et quidem judex debet hoc arbitrari, cum aestimatio 8
praedii, de quo agimus quamvis ascendat ad summam scutorum quinquaginta, tamen detracta aestimatione partis incultae illa, quae remanet, non erit, nisi scutorum quadraginta, quae summa potest dici modica, ex supra adductis, maxime quia, si habebatur pro re parva praedium valoris aureorum viginti temporibus Glossae multo magis erit modicum inspecto tempore praesenti illud, quod est valoris quadraginta scutorum, cum omnes doceant secundum tempora antiqua, magis aestimari scuta viginti, quam hodie quadraginta. Ideo dicimus, quod dotes existentes in scutis mille prius habebantur pro magnis, cum de praesenti reputentur pro minimis. Roland. cons. 25. *n.* 19. *lib.* 4. *Menoch. de arbitrar. jud. casu* 149. *n.* 40. *lib.* 2. *Thesaur. decis.* 192. *n.* 6. *et ita intelliguntur Bald. et Fulgos. de quibus, per Sylvan. cons.* 2. *per Bursat. cons.* 223. *n.* 18. *haec ille.*

9 Et ita tute, et valide, nec non absque perjurii labe poterit episcopus interponere suum decretum, quando summa, non excedet quantitatem scutorum quinquaginta, nam attento reddito, qui ex illis deducitur, habito respectu ad quinque pro singulo centenario, est solum librarum quindecim, quantitas in rei veritate valde modica, et de modicis non curat praetor. Imo, regulariter loquendo in alma urbe, attenditur solum redditus, trium pro singulo centenario, ut vidi

practicatum, in quadam alienatione, per emphyteusim facta bonorum cujusdam Capellae Coralis in nostra Cathedrali, quae fuerant investita cuidam Schagliae Saer. Congregat. contenta fuit redditu trium pro singulo centenario, ita in supplicatione fuit petitum.

Difficultas autem est, si servitus, per praescriptionem
10 constituatur. Nam de jure civili, ad acquirendam servitutem per usucapionem, vel praescriptionem sufficiunt decem anni inter praesentes, et viginti inter absentes, ex *lib. 2. c. de servitut. et aqua, ubi etiam gloss.* in verbo, *quaesiti*, et per textum *in lib. 1. c. de usucapion. transformanda. et tot. tit. de praescriptione longi temp. decem vel viginti annor.* et in terminis *in l. fin. dicto titul. de praescript. long. temp.* et quando agitur de usucapione bonorum ecclesiasticorum.

Tunc de jure Canonico contra ecclesiam Romanam, requiruntur centum anni, si vero contra alias ecclesias, et bona ecclesiastica, sufficiunt quadraginta anni, textus ad litteram *in c. de quarta 3. de praescript.* in haec verba. *De quarta decimae, et oblationis defunctorum clericus ab impetitione episcopi quadragenaria praescriptione temporis se posse tueri videtur. Nisi forte interim pastoralis sedes caruisset pastore, qui curam ecclesiae suae exigere debuisset. Nam Romana ecclesia tricennalem praescriptionem contra ecclesiam non admittit*, et in terminis, *c. si qui 2. de praescription. in 6.* in haec verba. *Si qui exigentibus culpis, vel excessibus ab eisdem commissis bonis, quae a Romana, vel ab aliis tenent ecclesiis sint per sententiam, vel ipso jure privati: statuimus, ut in apprehendendis, vel occupandis postea quandocumque bonis eisdem, nullus (licet leges humanae super hoc alia tempora statuere videantur) ipsis ecclesiis temporis lapsus obsistat: nisi contra ipsam Romanam ecclesiam centenario, vel contra ecclesias alias quadragenaria praescriptio legitime sit completa.* Sequitur ampliando dicendo. *Si post mortem haereticorum, qui dum viverent Catholici putabantur, bona ipsorum a Catholicis eorum filiis, vel nepotibus, aut ex-*
11 *traneis quibuscumque spatio quadraginta annorum fuerint bona fide possessa: Sancimus eos super bonis hujusmodi etiam si ad Romanam pervenire deberent ecclesiam, in hoc casu, non esse ulterius molestandos, quamquam illi, quorum bona fuerunt, nunc deteguntur haeretici extitisse*, concordat pariter textus *in c. ad aures 6. de praescript.* dicendo. *Ad aures nostras pervenit, duas ecclesias litigasse super decimis, quas una earum in alterius Parochia annis quadraginta possedit, ac infra. Tuae Fraternitati tenore praesentium innotescat, quod de jure melior est conditio possidentis. Quia quadragenalis praescriptio omnem prorsus actionem excludit.*

Et licet adsint aliqui canones, probantes, praescriptionem tricennalem sufficere contra ecclesias praeter Romanam, ut *cap. 1. et 2. cap. quicumque, et cap. placuit. 16. quaest. 3.* attamen hujusmodi jura fuerunt revocata, per textum *in cap. illud 8. de praescriptionib.* in haec verba. *Illud autem te scire volumus, et tenere, quae adversus ecclesias minorem praesumptionem, quam quadraginta, et aliorum Romana ecclesia non admittit, licet quidam canones comprobent tricennalem, et ecclesia se potest adversus ecclesiam quadraginta temporis praescriptione tueri de re illa, quam inconcusso quadraginta annos noscitur possedisse. Verum si de praescriptione, et interruptione inter partes fuerit mota quaestio, ab utraque parte testes recipi debeat, et si probata fuerit interruptio praescriptio non tenebit.*

12 Adsunt etiam aliquae religiones, et inter caeteras religio benedictina, quae gaudet privilegio 60. annorum ad hoc, ut ejus bona praescribantur, ex privilegio Eugenij Papae concesso eidem religioni anno 1434. ubi habentur haec verba. *Nos in favorem observantiae regularis ex certa scientia, motu proprio, ac de plenitudine potestatis apostolicae volumus, statuimus, et decernimus, quod contra praefatae congregationis monasteria; loca, et personas, et bona aliqua, non currat praescriptio nisi post lapsum 60. annorum*
13 *non obstantibus etc.* Quamobrem si quis praetendat aliquam servitutem acquirere in bonis ecclesiasticis, et in bonis beneficiorum, tenetur docere in primis de tempore annorum 40. cum bona fide se usum fuisse servitute nemine penitus reluctante quiete, et pacifice semper quasi possedisse servitutem, de qua agitur absque eo, quod probet titulum, probat *textus in cap. primo de praescriptionibus in sexto*, in haec verba. *Episcopum, qui ecclesias, et decimas, quas ab eo repellis, proponit, licet in tua sint constitutae dioecesi se legitime praescripsisse, allegare oportet, cum jus commune contra ipsum faciat, hujusmodi praescriptionis titulum probare. Nam licet ei, qui nam praescribit ecclesiasticam;* 14
si sibi non est contrarium, jus commune, vel contra eum praesumptio non habeatur, sufficit bona fides etc. ubi tamen est ejus jus commune contrarium, vel habetur praesumptio contra ipsum, bona fides non sufficit, sed necessarius titulus, qui possessori causam tribuat possidendi. Nisi tanti temporis allegetur praescriptio, cujus contraria memoria non existat.

Ex quo textu apparet, quotiescumque non resistit jus commune, sufficere quadraginta annos cum bona fide, et absque titulo. Quando igitur tractatur de imponenda servitute, certum est, contra praetendentem servitutem acquirere, obstare praesumptionem juris, cum quaelibet res libera praesuma- 15
tur, nisi contrarium probetur, *l. altius c. de servitutibus, et aqua*, quare sufficit allegare se bona fide praescripsisse servitutem in bonis ecclesiae per tempus 40. annorum, quo 16
mediante etiam in dubio praesumitur bona fides. *Covarruvias in regula possessor, parte 2. §. 8. n. 2. Augustinus Barbosa in c. quoniam n. 14. de praescriptionibus*, praecipue, si bona fides contingat, ex ignorantia facti, ut plene probat idem *Barbosa in c. diligenti n. 8. eodem titulo de praescriptionibus*; verumtamen idem Barbosa dicit, quod in praescriptione venit probanda bona fides, nec titulus praesumitur, quando est necessarius, et difficilis *Rot. Romanae dec. n. 2. parte 1. recentior.*

Verum ne in obscuris versemur, distinguendum est de 17
praescriptionibus, seu usucapionibus, nam de jure civili in praescriptione decem, vel viginti annorum requiritur titulus et bona fides ad praescribendas res corporales, *l. diutina 4. c. de praescriptione longi temporis etc.* in haec verba, *diutina possessio tantum jure successionis sine justo titulo obtenta prodesse ad praescriptionem, hac sola ratione non potest, et l. longi temporis praescriptio d. c. eodem titulo*, et ibi *Balbus in terminis Brunemanus in dicta l. diutina, et copiose Balbus in suo tractatu de praescriptionibus secunda parte tertiae partis principaliter qu. 6. sub num. 1. Antonius Perez in commentariis codicis lib. 7. tit. 13 n. 8.* Praescriptio vero triginta, vel quadraginta annorum non requirit titulum, sed sufficit bona fides in principio, si postea succedat mala fides de jure civili, nihil refert, secus vero de jure canonico, in quo requiritur bona fides omni tempore, et nulla praescriptio de jure canonico currit, sine bona fide, 18
cap. finali de praescriptionibus, in illis verbis, *ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica, quam civilis. Cum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari.* Unde oportet, ut qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiae alienae. Hinc, ut dictum est, quando agitur de praescribendo bona ecclesiastica excepta Romana ecclesia, sufficiunt quadraginta anni absque titulo, quapropter, qui praetendit servitutem acquisivisse in bonis ecclesiasticis, sufficit probare se bona fide per tale tempus continuasse suam possessionem, et ita poterit etiam acquiri servitus in bonis ecclesiae, licet alias non possit fieri alienatio rerum ecclesiasticarum sine debitis solemnitatibus, et beneplacito Apostolico, non alia ratione, nisi quia res ec- 19
clesiae, seu bona non dicuntur impraescriptibilia, sed possunt praescribi, eo quod alienatio eorum non sit prohibita simpliciter, sed ut solummodo nequeat fieri eorum alienatio sine solemnitatibus, et beneplacito apostolico, ut probatur *in cap. sine exceptione 12. qu. 42.* sive etiam quis jus canonicum admittit talem praescriptionem, nec illam improbat, ut deducitur ex juribus supra adductis.

QUAESTIO XV.

An fideicommissarius possit servitutem imponere in bonis fideicommisso subjectis.

SUMMARIUM

1. Fideicommissarius, an possit imponere servitutem stillicidii, vel aliam quamlibet servitutem, cum distinctione resolvitur quaestio.
2. Stillicidium, vel alia quaelibet servitus imposita in bonis fideicommisso subjectis durabit tantum, vivente fideicommissario, secus eo mortuo.
3. Resoluto jure dantis, resolvitur jus successoris.
4. Obligatio personalis non sequitur fundi possessionem, ratione cujus aliqua modia frumenti solvebantur alicui tertio.
5. Haeres fideicommisso gravatus, sive fideicommissarius non tenetur

5. constituere fideicommissum, si fecerit in eo aliquas impensas, nisi praestita cautione etc.
6. Fideicommissarius videtur, quod possit obligare bona fideicommissaria, quae videtur habere dominium.
7. Vassallus potest super feudum transigere, et compromittere, quia habet dominium.
8. Dominium fideicommissarii in rebus fideicommissi durat tantum ejus vita [illegible].
9. L. unum haereditatis, ff. ad trebell. interpretatur per Molinam de primogenitur. lib. 4. cap. 9. n. 12.
10. Fideicommissarius, an possit compromittere de rebus fideicommisso subjectis.
11. Fideicommissarius, an teneatur solvere impensas ab haerede factas in defendendis rebus haereditariis.
12. Haeres [illegible] de lata non de levi culpa in compromittendo.
13. Haeres fideicommisso gravatus non potest super eo compromittere sine legitima causa.
14. Fideicommissarius pariter, non ipso sine legitima causa.
15. Possessor fideicommissi, vel majoratus ex sola voluntate non potest successori nocere etiam si essemus in dubio.
16. Acquirens servitutem, si ignorans dicta bona esse fideicommissaria, [illegible] possit uti praescriptione non [illegible].
17. Bona fideicommissaria, an cum titulo, et bona fide possint praescribi.
18. [illegible] jure datoris, resolvitur jus successoris.
19. Quem non honoro, gravare non possum, et e contra.
20. Praescriptio longi temporis decem, vel viginti annorum non habet [illegible] in bonis fideicommissariis etiam cum [illegible] alienatio, et alienatio est nulla.
21. Titulus justus requiritur in praescriptione longi temporis.
22. Res aliena vendi potest.
23. Acquirens bona fideicommissaria immediate ab haerede gravato, et postea alteri vendit, [illegible] in casu, mediante usucapione, longi temporis sustinere posset alienatio, vide n. sequenti.
24. Acquirens bona fideicommissaria titulo, et bona fide ab eo, qui immediate domum habuit ab haerede gravato, valide acquirit per praescriptionem longi temporis.
25. Prohibitio testatoris, ne alienentur bona fideicommisso subjecta non potest afficere tertium qui habuit causam ab eo, qui causam immediate habuit ab haerede.
26. Prohibitio testatoris comprehendit eos tantum, quos honoravit non extraneos.
27. Prohibitio testatoris licet sit in rem, tamen non potest laedere tertium ab eo, quem non honoravit.
28. Praescriptio 30. vel 40. annorum non requirit titulum, et n. 33.
29. Peregrinus de fideicommissis art. 41. n. 15. reprobatur per auctorem, [illegible] instantiam.
30. Ratio disparitatis assignatur inter haeredem gravatum, et eum, qui alienat in alium tertium, licet aliquando habeat causam ab haerede gravato.
31. Bona fideicommissaria, an saltem per praescriptionem 30. vel 40. annorum possint alienari.
32. Non valenti agere non currit praescriptio.
33. Titulus non est necessarius in praescriptione longissimi temporis.
34. Alienatione prohibita censetur prohibita etiam praescriptio tacite, praecipue, si prohibitio sit generalis.
35. Prohibitio alienandi duplex est, alia legis, et haec potentior, alia hominis, et haec debilior.
36. Prohibitio hominis quantumvis generalis, tamen propter defectum potestatis non potest invalidare alienationem per praescriptionem.
37. Usucapio ob bonum publicum est a lege introducta.
38. Homo privatus non potest tollere ea, quae per legem ob bonum publicum sunt introducta.
39. Nemo facere potest, quin leges locum habeant in suis dispositionibus.
40. Praescriptio longissimi temporis habet locum in fideicommissis, sive puris, sive sub conditione.
41. Bona fides in praescriptione longissimi temporis praesumitur ratione lapsu temporis.
42. Praescriptio longissimi temporis, licet habeat locum in bonis fideicommissariis, attamen successoribus non praejudicat, secundum [illegible] in leg. [illegible], §. [illegible] ff. de legat. 1.
43. Non valenti agere non currit praescriptio, quomodo haec regula sit intelligenda, infra n. 44. et sequent. declaratione, et praecipue 55.
44. Praescriptio longissimi temporis nocet aliis fideicommissariis, qui succedere debent in fideicommisso.
45. Fideicommissarius est dominus bonorum fideicommissariorum.
46. Praescriptio longissimi temporis non exigit titulum.
47. Dominium utile acquiritur praescriptione longissimi temporis ex dispositione legis, non vero ex dispositione regali.
48. Praescriptio longissimi temporis non currit adversus successorem, sed contra possessorem praesentaneum dominum bonorum fideicommissariorum.
49. Fideicommissarius dicitur dominus bonorum fideicommissariorum.
50. Actio personalis, quae non competit fideicommissario, non tempus, [illegible] contra possessorem.
51. Actio rei vindicationis cessat, ubi non est dominium in bonis fideicommissariis.
52. Actio hypothecaria, sicuti et caeterae actiones competentes pro legatis, et fideicommissis completa praescriptione longissimi temporis tolluntur.
53. Fideicommissarius non potest acquirere dominium bonorum fideicommissariorum penes suum antecessorem praescriptum longissimo praescriptione.
54. [illegible] actione expeditur.
55. Non valenti agere, quando habeat locum, praecipue in materia praescriptionis longissimae.
56. Praescribent longissima praescriptione, si antequam compleatur [illegible] fideicommissarius, vel haeres gravatus, tunc non potest [illegible] successorem in fideicommisso.
57. Salvianum interdictum duplex est directum, et utile, et uterque competat.
58. Effectus tam directae, quam utilis actionis, qui sunt.
59. Dominium directum acquiritur praescriptione.
60. Actiones non transeunt in haeredem, nisi adeatur haereditas.
61. L. 1. §. cum autem c. de annal. exception. l. in rebus §. solumus. c. de jure dotium. l. contra mores 16. c. de inoff. testam. interpretantur, ne obstent praescribenti bona fideicommissaria.
62. Homo privatus non potest sua dispositione prohibere praescriptionem, prout facere potest lex, ob bonum publicum.
63. Sententia, in qua non est citatus succedere debens in fideicommisso, lata contra possessorem, ei praejudicat.
64. Substituti fideicommissarii, qui et quando sint citandi in judicio bonorum fideicommissariorum.
65. Citandi non sunt, qui in consequentiam tantum laedi possunt.
66. Restitutio in integrum venit concedenda fideicommissario succedere debenti in fideicommisso, quando antecessor fuisset tempore praescriptionis absens.
67. Fideicommissarius non potest servitutem constituere, et si eam constituerit durabit, suo jure tantum durante.
68. Qui sine titulo, sed bona fide utitur servitute aliqua in bonis fideicommissariis, credens sibi competere jus talis servitutis, decennio, vel vicennio illam praescriptione acquirit.
69. Scientia, et patientia sunt requisita essentialia ad acquirendam servitutem.
70. Prohibitio testatoris, alienandi bona fideicommissaria includit nedum expressam sed etiam tacitam alienationem.
71. Quod directe fieri nequit, neque indirecte.
72. Servitus usucapione, seu praescriptione acquiri potest in bonis fideicommissariis.
73. Testator non potest gravare, nisi eos, quos honoravit.
74. Titulus non requiritur, in acquirenda servitute per praescriptionem.
75. Testator non potest facere, quin leges habeant locum in suo testamento.
76. Acquirens servitutem per praescriptionem, non acquirit dominium loci, in quo servitus acquiritur.
77. Fideicommissarius negligens, seu haeres gravatus tenetur de damno successori, si in bonis fideicommissariis acquiratur servitus.
78. Praescriptio incepta contra defunctum, et completa in vita haeredis gravati negligentia ipsius, nocet substituto, et haeres gravatus tenetur ad damna.
79. Prohibitio impediens rei alienationem, superveniens post praescriptionem completam, non facit rem imprescriptibilem.
80. Haeres gravatus, quatenus non esset solvendo, datur regressus contra praescribentem, cum declaratione, ut infra
81. Obligatio, vel re, vel verbis, vel consensu contrahitur, aut literis.
82. Scientia, et patientia debentis servire, non est necessaria in praescriptione 30. vel 40. annorum.
83. Restitutio in integrum adversus praescriptionem 30. vel 40. annorum ex capite justae, et probabilis ignorantiae, procedit tamen in rebus corporalibus, secus in servitutibus in quibus non agitur de magno praejudicio.

Haec quaestio duplicem sensum habere potest. Primus 1
est, an data opera vere, et realiter possit fideicommissarius
constituere servitutem passivam in bonis fideicommisso subjectis,
et num valeat talis impositio, itaut successores in
fideicommisso teneantur illam pati? secundus est an tacite
illam imponere possit, veluti quis ivit, per fundum fideicommissarium,
vel vicinus constituit stillicidium, illudque
cessare fecit in fundo fideicommisso subjecto, bona fide
credens, sibi competere in tali fundo jus servitutis, et ea
servitute usus est sciente, et patiente fideicommissario per
tempus legitimum ad acquirendam servitutem, veluti decennio
inter praesentes, et vicennio inter absentes, an talis
servitus transeat in alios fideicommissarios, itaut velint nolint,
teneantur pati talem servitutem?

Quoad primum quaesitum iterum est distinguendum, vel
acquirens servitutem, scit ea bona esse subjecta fideicommisso,
et eo casu certum est, servitutem duraturam tantum,
quantum durabit jus fideicommissarii imponentis servitutem
argumento *leg. lex vectigali 31. ff de pignor.* ubi deducitur 2
regula, resoluto jure datoris, resolvi quoque jus successoris,
et per textum *in l. fin. §. Lucius Titius ff. de contrahend.* 3
empt. in haec verba. *Lucius Titius promisit de fundo suo
centum milia modiorum frumenti annua praestare praediis
Caii, et Seii: postea Lucius Titius vendidit fundum,
additis verbis his quo jure, quaque conditione ea
praedia Lucii Titii hodie sunt; ita veniunt. Itaque habentur.
Quaero an emptor Cajo Seio ad praestationem
frumenti sit obnoxius? R. emptorem Cajo Seo, secundum* 4
ea, quae proponerentur, obligatum non esse: ex quo textu
Bartolus deducit hanc regulam, obligationem personalem
non sequi fundi possessorem, et in punctualibus terminis de
bonis fideicommisso subjectis *Peregrinus de fideicommissis
articul. 40. n. 117.*

Sed contra hanc distinctionem sive contrahens sciat, servitutem
imponendam esse in bonis fideicommissariis, sive
non, hoc unum est, cum fideicommissarius quodammodo sit
dominus, sicuti et haeres gravatus fideicommisso, tam haeres

gravatus, quam fideicommissarius potest compromittere, et
transigere super dictis bonis, textus est ad literam *in l. cum*
haereditas 36. *ff. ad senatusconsultum Trebellianum* in haec
5 verba. *Cum haereditas ex fideicommissi causa restituta est,*
si ante compromissum est, puto fideicommissarium cavere
debere haeredi. Sicut cum haeres multa antequam resti-
tueret administravit, nam, quod dicitur, retinere eam op-
6 *portere, non est perpetuum. Quid enim si nihil est, quod*
retineat? veluti cum omnia in nominibus sunt, aut in cor-
poribus, quae non possideat? Nempe enim is, cui restituta
est, omnia persequitur: et tamen haeres judiciis, quibus
conventus est, aut stipulationibus, quibus necesse habuit
promittere, obstrictus manebit. Ergo non alias cogetur re-
stituere, quam si ei caveatur.

Apparet ergo, si haeres gravatus transegerit cum credito-
ribus haereditariis, videlicet, vel alienaverit, vel aliquid fe-
cerit in praejudicium bonorum fideicommissariorum, nec ali-
ter cogendus est haeres gravatus restituere fideicommissum,
nisi prius fideicommissarius praestet cautionem, vel appro-
bet, quod factum fuerit ab haerede gravato, aliter nec alio
modo poterit cogi haeres restituere fideicommissum; et ita
sive acquirens servitutem, sciat bona, in quibus constituta
est servitus, esse supposita fideicommisso, sive non, parum
refert.

7 Quin imo etiam Vasallus potest super feudum transige-
re, et compromittere, ut probat textus in *cap. 1. §. penulti-*
mo si de feudo defuncti fuerit contentio. ibi *transigere, re-*
cte poterit, et *cap. 1. de controversiis inter vasallum, et*
alium de beneficio. Ibi *Et si pro eo, aut contra eum judi-*
catum fuerit, vel cum adversario transegerit, dummodo
fraudulenter actum non sit, etiamsi post beneficium domi-
no aperiatur tale erit, ac si eo causam agente judicatum
fuisset, et ideo ab eo ratum habere oportet cap. 1. versicu-
lo, sin autem de l. Corrad. ibi: *coram judice, vel arbitro*
finiatur Gratian. discept. forens. 476. *n.* 2. *et* 3. *et discept.*
forens 846. *et plures alii, quos adducit Valeron. de trans-*
actionibus titul. 4. *quaest.* 2. *sub n.* 4. et non alia ratione;
haec facere possunt, nisi quia tam haeres gravatus, quam fi-
deicommissarius, vel vassallus sunt domini, et de illis bonis
habent dominium.

8 Quibus tamen non obstantibus respondetur in primis,
habere quidem omnes supra narratos dominium: sed illud
non esse perpetuum quia durat tantum usque ad eorum
mortem, ut notat *Salgadus in labyrint. creditorum* 1.
parte 7. *n.* 50.

9 Et ad dictum textum *in l. cum haereditas*, erudite re-
spondit *Molina de primogenit. lib.* 4. *cap.* 9. *n.* 12. in haec
verba. *Et primo non obstat textus in l. cum haereditas ff.*
ad Trebell. Nam, et si ea lex nimium pro opinione contra-
ria stringat: adeo, ut congruum responsum admittere non
videatur: ad illam tamen dupliciter responderi potest: Pri-
mo quod ex eo, quod textus ille dicat, quod ante restitu-
tionem haeres compromiserat, non potest ex illo deduci,
quod potest in praejudicium fideicommissarii compromitte-
10 *re, illa namque lex non dicit simpliciter haeredem posse*
compromittere de rebus fideicommisso subjectis, tenerique
fideicommissarium compromissum approbare. Id namque
proculdubio erroneum esset: sed solum facti contingentiam
enunciat, disponitque, quod quando hoc legitime factum
fuerit: prout lex ipsa praesupponere censetur, fideicom-
missarius teneatur cavere de solvendo illud, quod ex com-
promisso judicatum fuerit: veluti si ex consensu suo, vel
statuto disponente, quod causae compromitterentur, vel ex
sententia judicis, qui compromitti mandavit, vel alias com-
promissum factum fuerit.

Quod in simili probatur evidentissime ex textu in l. ubi
jure, §. fin. ff. ad Trebell. Qui in distrahendis conservan-
disve rebus haereditariis sumptus factus est, imputari hae-
11 *redi debet. Ubi jurisconsultus proponit casus quaestionem:*
utrum scilicet fideicommissarius teneatur solvere sumptus,
quos haeres fecit in distrahendis rebus haereditariis. Non
tamen ex illo textu, sumenda est regula, quod haeres pos-
sit res fideicommisso subjectas distrahere. Hoc namque fal-
sum est, sed intelligendum est, jurisconsultum in eo casu
proposuisse quaestionem quod venditio legitime facta fuit:
veluti, quando res haereditaria vendita fuit ad debita te-
statoris solvenda, vel ex alia legitima causa. Alexand. in
eadem l. ubi pure n. 3. resolvit.

Non enim illa jura intendunt ostendere: utrum res fidei-
commisso subjectae distrahi valeant, vel non, vel an de re-
bus fideicommisso subjectis valeat compromitti, an non, sed
id tantum monstrare volunt: qualiter scilicet in iis casibus
haeredi cavendum sit: ne damnum ex his, quae juste fe-
cit, sustineat, quod si id non juste fecisset; veluti si ex
propria voluntate, et absque legitima causa compromise-
rit, vel res. haereditarias distraxisset, non est creden-
dum leges illas sibi indemnitatem permisisse. Cum eo casu
illam haeres non mereatur: imo damnum ex eo incursum
fideicommissario potiori ratione resarciendum foret. Sicque
etiam jura illa necessario intelligenda sunt: ne tot legibus
ac juris fundamentis, ut diximus adversentur. Notissimum
namque est res fideicommisso subjectas, ab haerede alie-
nari non posse. Similiterque in rebus alienari prohibitis
compromissum etiam prohibitum esse; cum ex illo possit ad
alienationem perveniri. Sicque ex eo currit opinio Angeli,
Pauli, Alexand, et caeterorum scribentium in dicta l. cum
haereditas, et in aliis locis superius citatis, qui mentem
illius legis non intelligentes, ex illa deduxerunt, haere-
dem posse de rebus fideicommisso subjectis compromittere,
cum textus ille id non decidat, nec ibi de illa quaest. age-
retur, prout Paulus Castrens. forsan. praedictae opinio-
nis immemor, seu poenitentia ductus palam profitetur. in
leg. facta 63. §. si haeres ff. ad senatus-consultum Trebell.
n. 1. 2. quamvis; ibi etiam non recte dictam legem cum
haereditas, intellexerit. Sequitur idem auctor dicendo.

Secundo quia etiamsi communem dictae l. cum haeredi-
tas, intellectum sequamur, adhuc, ex illo deduci non pot-
est de rebus majoratus posse compromitti, vel transigi. ad
quod probandum, quae supponimus, quod ratio deciden-
di, quae communiter a scribentibus assignari solet ad tex-
tum in dicta l. cum haereditas est, quod ibi permittatur
haeredi compromittere: quia in compromittendo solum cul-
pa levis versatur, quae non imputatur haeredi cum ipse
sit dominus, et non nisi de lata culpa teneatur l. mulier,
§. sed enim ff. ad Trebellian. et sic respondet ad textum in
l. si dictum §. si compromisero ff. de evictionibus, ubi pro-
batur, quod compromissum factum ab emptore non praeju-
dicat venditori; quod illud procedat, in contractu emptio- 12
nis, et venditionis, in quo venit levis culpa, cum semper
gratia utriusque; tam emptoris, quam venditoris fiat leg.
si ut certo §. nunc videndum ff commodati. Quam rationem
decidendi ad textum in dicta l. haereditas assignarunt
Bartolus n. 1. et 2. Castrensis ibidem n. 2. Alexander n.
4. ex quo deducitur, quod quando in materia de qua agitur
levis etiam culpa praestanda esset, ne posset ab aliquo, in
alterius praejudicio compromitti. Quod probat in dicto §.
si compromisero, et in dicta l. cum haereditas, ubi com-
muniter scribentes. Haec Mollina, et haec interpretatio com-
probatur a Cujac. *lib.* 13. *Pauli ad edictum ad l.* 36. *ff. ad*
senatus consultum Trebellian. qui interpretatur in casu *l.*
cum haereditas ad favorem Lodovici Molinae.

Itaque cum haeres gravatus fideicommisso sine legitima 13
causa non possit compromittere quanto minus; nec fideicom- 14
missarius respectu alterius fideicommissarii, et est com. DD.
sententia, quam communiter sequuntur DD. et praecipue *Ca-*
stillus de conjecturis ultimarum voluntatum lib. 4. *cap.* 35.
n. 58. ubi pariter approbat dictum *Molinae* in haec verba,
possessor autem majoratus non potest nocere successoribus,
ex actu voluntario *l. Petto §. fratre ff. de legato secundo.*
119. neque compromittere neque transigere in praejudicium
successorum quoniam transactio est actus voluntatis *l. si di-*
ctum §. si compromisero ibi *nulla enim necessitate cogente*
id. fec. ff. de evictionibus: Et latius utrumque comprobavit
post alios auctores *Ludovic. Mollina de hispanorum primo-*
genitis lib. 4. *cap.* 9. maxime *ex n.* 7. *atque ex n.* 10. *cum*
pluribus sequentibus, qui in fortioribus terminis, multum
ad propositum nostrum inquit, *n.* 19. De rebus majoratus
transigere non posse, etiam stante dubio, utrum bona sint
majoratui subjecta, vel non: sufficit enim, quod tanquam
bona majoratus petantur, vel habeantur. Et reddit conclu-
dentem rationem: nam alias semper posset transigi, vel com-
promitti de rebus majoratus, vel alienari prohibitis, cum
compromissum, vel transactio de re incerta, et de re dubia
fiat, haec ille. Idem probat, et copiosius in tractatu de ali- 15
mentis *lib.* 5. *cap* 36. §. 2. *n.* 69. ubi pariter approbat di-
ctum Molinae in haec verba meminisse juvabit Ludovicum
ipsum Molinam *dicto cap.* 9. *ex n.* 1. *usque ad n.* 20. pro
certo tradidisse, et longa serie comprobasse, transactionem,
super bona majoratus fieri non posse, et factam nullam obti-
nere firmitatem. Rationes autem, et fundamenta ejus resolu-

tionis adeo ex proposito expendit, et contraria diluit, ut in re adeo certe, et longa serie comprobata insistendum non sit, qui postea citat infinitos auctores pro comprobatione nostrae sententiae, ut apud eum videri poterit a praedicto n. 69. *usque ad 71.* Idem probat *Valeron. de transactionibus tit. 4. quaest. 2. n. 6. ubi citat eosdem DD. quos citat idem Castillus de alimentis ut sup. de quibus ab eodem Castillo habuit notitiam.*

16 Et redeundo ad nostram distinctionem, de qua in principio hujus quaest. videlicet vel acquirens servitutem ignorabat ea bona, in quibus constituta est servitus, esse fideicommissaria, et tunc intrat illa quaest. an accedente titulo, et
17 bona fide, bona fideicommisso supposita possint praescribi.

Ex textu in l. finali §. sin autem sub conditione. c. communia de legatis cujus haec sunt verba: Sin autem sub conditione, vel sub incerta die fuerit relictum legatum, vel fideicommissum universitatis, vel speciale, vel substitutione, vel institutione. Melius quidem faciet, si et in his casibus caveat ab omni venditione, vel hypotheca, ne se gravioribus oneribus evictionis nomine supponat.

Sin autem avaritiae cupidine propter spem conditionis minime implendae ad venditionem, vel hypothecam prosilierit, sciat, quod conditione impleta ab initio causa in irritum devocetur: et sic intelligenda est, quasi nec scripta, nec penitus fuerit celebrata: ut nec usucapio, nec longi temporis praescriptio contra legatarium, vel fideicommissarium procedat.

Quod similiter obtinere censemus in hujusmodi legatis, sive pure, sive sub die certo, sive sub conditione sive sub incerto die relicta sint. Sed in his omnibus casibus, legatario quidem, vel fideicommissario omnes licentia pateat rem vendicare, et sibi assignare nullo obstaculo ei a detentoribus opponendo.

Ex quo jure satis, et evidenter constat haeredem gravatum, vel fideicommissarium respectu aliorum successorum non posse alienare bona fideicommisso supposita sive sub conditione, sive pure etc. et successive non potest imponere servitutem, duraturam post factam restitutionem, quia resoluto
18 jure datoris resolvitur quoque jus successoris dicta l. lex. vectigali, 31. ff. de pignoribus non obstante usucapione, vel praescriptione.

Supra hanc legem longo sermone discurrunt interpretes, et valde laborant in investiganda mente, et ratione ejusdem, quomodo sit intelligenda secundum ea, quae inferius sunt proponenda, videlicet, si quis acquirat bona supposita fideicommisso ab eodem haerede gravato interveniente titulo, et bona fide, an possit ei suffragari usucapio, seu praescriptio longi temporis decem, vel viginti annorum. Et resolvunt, nullo modo posse haeredem gravatum praejudicare fideicommissario post ejus mortem, neque usucapionem acquirenti suffragari posse, licet adsit titulus, quia obstat d. l. fin. §. *sin autem sub conditione*, ea ratione, quia titulus ille non subsistit, cum ab haerede proveniat, qui a testatore est prohibitus alienare, et testator potuit illi prohibere alienationem; ea ratione, quia quem testator honoravit, potuit etiam illum gravare, probat textus in *leg. ab eo. 9. cod. de fideicommiss.* in haec verba. *Ab eo, qui neque legatum, neque fideicommissum, neque haereditatem, vel mortis causa donationem accepit, nihil per fideicommissum relinqui potest*, et idem probat *l. 1. §. et haec disposuimus, c. de fideicommiss.* in haec verba. *Et haec disposuimus non tantum si ab haerede fuerit legatum relictum, vel fideicommissum: sed si a legatario, vel fideicommissario, vel alia persona, quam gravare fideicommisso possumus, fideicommissum cuidam relinquatur. Cum enim non aliter valeat, nisi aliquid lucri afferat ei, a quo derelictum est: nihil est grave, etiam adversus eum non tantum personalem, sed etiam in rem, et hypothecariam extendere actionem in rebus, quas a testatore*
19 *consecutus est*, ex quibus juribus haec regula constituitur, quem honoro possum gravare, vel e contra, quem non honoro gravare non possum, ut notat *Anton. P. de fideicommiss. quaest. 5. n. 71. et sequ.* Imo addit *Brunneman.* in d. l. ab eo. Quem non honoro, nec directe, gravare possum, et onerare.

Verum quia haec materia praescriptionis bonorum fideicommisso suppositorum, est valde intricata, et multi multa dicunt. Operae pretium est adducere in medium ea, quae adducunt. DD. et in primis antequam ad ulteriora progre-
20 diamur constituenda est conclusio indubitata, praescriptione longi temporis decem, vel viginti annorum, non habere locum in acquirente eadem bona cum titulo ab haerede gravato, quia alienatio facta a gravato semper est nulla ratione prohibitionis testatoris vetantis expresse bona alienari, haec est conclusio communis, et quae non patitur aliquam difficultatem quoniam probatur ex dicta *l. final.* §. *sed quia nostra* cum §. *sequenti*, et usque ad finem ejusdem legis, et loquendo de fideicommissis puris in dicto §. *sed quia nostra in versiculo nemo itaque*, hoc deciditur per haec verba. *Nemo itaque haeres atque, per legatum, vel pure, vel sub certo die relicta sunt, vel quae restitui aliis disposita sunt; vel substitutioni supposita secundum veterem dispositionem putet esse in posterum alienanda, vel pignoris, vel hypothecae titulo assignanda, vel mancipia manumittenda; sed sciat hoc quod alienum est, non ei licere utpote sui patrimonii existens alieno juri applicare, quia satis absurdum est, et irrationabile rem, quam in suis bonis pure non possidet, eam ad alios posse transferre, vel hypothecae pignorisve nomine obligare, vel manumittere, et alienam spem decipere.* Sic etiam tenet *Peregrinus de fideicommissis articul. 4. n. 4. Fusarius de substitut. fideicommissaria quaest. 28. n. 16.* qui plures alios auctores allegat, et quod alienatio sit nulla probat textus in *l. cum pater 79. §. Libertus ff. de legatis secundo*, in haec verba. *Libertus praedium reliquit, ac petiit ne id alienarent, utique in familia libertorum retinerent, si excepto uno caeteri partes suas vendiderint, qui non vendidit, caeterorum partes, quibus non dedit alienandi voluntatem, integras petet, eos enim ad fideicommissum videtur invitasse, qui judicio paruerunt; alioquin per absurdum erit vice mutua petitione induci scilicet ut ab altero partem alienatam quis petat, cum partem suam alienando perdiderit. Sed hoc ita procedere potest: si pariter alienaverint. Caeterum prout quisque prior alienaverit, partem posterioribus non faciet. Qui vero tardius vendidit et, qui non vendidit, in superiorum partibus fecisse partem intelligitur. At si nemo vendiderit, et novissime sine liberis vita decesserit fideicommissi petitio non supererit.*

Et ratio est in promptu, quia usucapio, seu praescriptio longi temporis requirit titulum validum et justum, quo non existente, non currit; textus ad literam in *l. nullo justo 24. c. de rei vendicatione*, in haec verba. *Nullo justo titulo praecedente possidentes ratio juris quaerere dominium prohibet. Idcirco cum etiam usucapio cesset, intentio dominii numquam adsumitur; unde hoc casu post liminio reverso, citra beneficium actionis rescissoriae directae permanet integra vendicatio*; hoc idem probant *Brunneman. ad hanc l. Augustinus Barbosa ibidem n. 4. ex Vasquez illust. Controvers. parte 1. c. 87.* et ita venit intelligenda *lib. 2. c. de usucapione, pro emptore*, in haec verba. *Si contra defuncti voluntatem servos; quos propter perfecte artis peritiam haeredibus suis defunctus servari testamento praecepit, tutores vendiderunt usucapi potuerunt.* 21

Sed quis opponere potest sicuti quis potest vendere rem alienam, *l. rem alienam 28. de contrahenda emptione*, dicendo. *Rem alienam distrahere; quem posse nulla dubitatio est. Nam emptio est, et venditio; sed res emptori auferri potest; quapropter si concurrat bona fides, traditio pretii, et possessio ejusdem rei, tunc rem alienam longo tempore praescribere poterit, et usucapere lib. 2. cum §. separata est ff. pro emptore*, et per totum titulum ejusdem. *Balbus lib. 2. in titulo pro emptore*, ergo quamvis ille tertius habeat causam ab haerede gravato, vel honorato dummodo iste acquirens sit bonae fidei, nihilominus poterit etiam praescriptione longi temporis, interveniente titulo usucapere bona fideicommisso subjecta. 22

Ad hoc tamen respondetur disparem esse rationem, quia istae tertius, qui contraxit cum gravato, quia gravatus est honoratus pro ut diximus supra paulo superius, potuit etiam testator inficere titulum. Tertii, qui habuit causam ab immediate gravato, ea ratione, quia quem honoro gravare possum dicta *l. ab eo*, supra citata; et per consequens testator legitime potuit prohibere alienationem. Ille autem, qui rem alienam vendidit, cum non fuerit honoratus a domino rei venditae, utique valet alienatio, et venditio, et emptio sustinetur. Nec est mirandum si titulus inficiatur, quia, ut voluit *Parisius cons. 72. n. 89. lib. 4.* videlicet, quia prohibitio testatoris dirigitur, non dum in personam sed et in rem.

Major difficultas consistit, quid si modo ille tertius, qui habuit causam e gravato, eamdem rem vendat alteri, an iste secundus tertius mediante titulo, et bona fide possit praescribere rem emptam praescriptione longi temporis 23

Ad hanc quaestionem respondet *Fusarius de fideicommissaria substitutione quaest.* 528. *n.* 18. ubi postquam tenuit, hunc tertium posse praescribere, postea supplet dicendo; intellige tamen, ut haec declaratio procedat, dummodo hic tertius possessor non habeat causam a gravato, nec immediate, nec mediate. Idem tenet *Peregrinus de fideicommissis artic.* 41. *n.* 15. ubi habet haec verba. Loquitur, cum possessor non habet causam ab haerede gravato immediate, cujus si causam haberet ab eo, qui ab haerede causam habuisset, non hic non plus juris habere deberet, quam auctor suus *l. fin.* §. *e. ff. ad Vellejanum* quibus tamen non obstantibus.

Conclusio nostra est secundum tertium habentem causam
24 ab illo primo tertio, qui primum causam habuit a gravato, posse praescribere accedente semper titulo, et bona fide praescriptione longi temporis. Quam sententiam Corneus fundamentaliter *cons.* 304. *n.* 20. *volum.* 3. sustinet, ubi habet haec verba. Arbitror autem id causari: quia forte iste possessor habuit titulum, non immediate ab aliquo ex rogatis sed mediate, quia forte emit ab eo, qui a rogato emerat. Si itaque iste secundus emptor praescripsit potest dici non habuisse causam ab haerede; maxime quia primus titulus ab haerede exhibitus fuit nullus, non solum eveniente conditione praedictum §. *sin autem avaritiae*, sed etiam ab initio propter prohibitionem expressam testatoris, quae habetur pro prohibitione legis, quae ad vitiandam alienationem, et impediendum dominii translationem argumento textus *in* §. *disponat in authent. de nuptiis.* Et quod prohibitio testatoris vitiat nullam alienationem, et impediat dominii translationem probatur *in l. peto* §. *fratre, et l. cum pater* §. *libertis de legat.* 2. *et l. filiusfamilias* §. *divi de legat.* 2. *pr. prout et notatur per doctores in dictis juribus, et in l. fin. c. de reb. alien. non alienand. et in l. ea lege c. de condition. ob causam, et in l. si ita quis* 2. §. *ea lege ff. de verbo. obligat.* prohibi-
25 tio autem testatoris, non potuit afficere dictum tertium, qui emit ab haerede, vel alio rogato: quia ipse tertius non fuit (ut arbitror) ab ipso testatore honoratus *l. ab eo c. de fideicommisso, et l. plane* 2. §. *fin. ff. de legat.* 1. *et l. sed, et si sic in fin. ff. de legat.* 3. *et l. prima in fin. c. commun. de legat.* Quin imo, nec verba testamenti respiciunt nisi haeredem, et substitutos, jura etiam prohibent rogatos alienare in alios; nec in aliis est alia ratio vendendi rem alienam subjectam restitutioni, quam rem alienam restitutioni non subjectam: onus enim illud restituendi ipsam rem non respicit aliquo modo ipsum tertium; unde nulla ratio eum afficit: ita quod videatur perinde ac si fuisset vendita res penitus aliena, *haec Corneus loco cit.*

Hoc idem confirmat in specie *Petrus Barbos. c. de praescript.* 30. *vel.* 40. *annor. ad rubric. tit. n.* 202. Vir eruditissimus, in haec verba. Sed homo privatus (prout est testa-
26 tor) per suam prohibitionem tantum comprehendit eos, quos honoravit *l. ab eo c. de fideicommiss.* Et ideo receptum est, quod si haeres alienavit contra prohibitionem testatoris, non valet alienatio, et sic propter defectum tituli, non habebit locum praescriptio longi temporis, quae titulum requirit, sed si aliquis tertius eam alienavit, locum habere potest praedicta praescriptio, quia testator non potuit ligare eum, quem non honoravit, et ideo titulus ab eo habitus, validus censebitur *l. rem alienam ff. de contrahend. empt.* et consequenter non eo procedet praescriptio longi temporis *l. quod vulgo ff. de usucapion. pro emptor.* et ita in terminis, *Bald. in lib.* 2. *in fin. c. de usucapion. pro emptor. n.* 4. *Paul. de Castr. in l. fin. sin autem sub conditione c. commun. de legat. in versicul. Adverte tamen*, cujus verba post haec ponentur per extensum *Parisius cons.* 48. *n.* 23, *lib.* 3. *et plures quos refert Anton. Gabriel. lib.* 5. *tit. de praescript. conclus.* 13. *n.* 14. *et Lamberteng. de contract. sine solemnit. fact. glos.* 1. *n.* 269. ut est textus clarus *in l. Stico* 36. *ff. de usufruct. legat.* ubi testator reliquit usumfructum fundi liberto in vita sua, et post mortem liberti rogavit haeredes, ut illum usumfructum alteri traderent, et probat textus, quod si libertus, qui non fuerat gravatus post mortem, usumfructum alteri restituere, illum nepotibus, legavit, possunt nepotes usumfructum capere longo tempore, quia alienatio facta fuit, per non prohibitum a testatore, et quem ipse prohibere eo casu non poterat, et sic valet mero jure, et tribuit titulum habilem ad praescribendum legitimo tempore, ut advertit *Balbus de praescript.* 5. *parte.* 5. *principalis quaest.* 5. *n.* 2. *ad med.* sequitur idem auctor dicendo.

Ex quo intellectu constat decisionem *d. l. stich*, etiam hodie procedere non obstante decisione *l. fin.* §. *sin autem sub conditione c. commun. de legat.* quia in eo tex. tu facta fuerat alienatio, per haeredem testatoris, et sic fuerat nulla, et *in dicta l. stico*, fuit facta per libertum, qui non fuerat prohibitus alienare post mortem, sed id onus haeredibus testatoris fuit injunctum: neque etiam potuit testator eo casu illum gravare; quia licet, dum vivebat, tamquam gatorius legatarius potuit gravari, non tamen potuit gravari post mortem; cum ejus morte extinctum fuit legatum, et sic inter praedictos casus est aperta differentiae ratio, quam tamen non satis perceperunt. Socin. *in l. Marcellus* §. *res quae n.* 6. *ad finem ff. ad trebell.* neque *Pinellus d. authentic. nisi n.* 36. *ad finem c. de bon. matern.* sequitur idem *auctor. P. Barbos.* n. 208. *loco supra cit.* dicendo.

Neque obstat praedictorum ratio, quia etsi testator derogat prohibitionem in rem; tamen non potuit irritare titulum 27
ab eo, quem non honoravit *l. ab eo c. de fideicomm.* et ideo alienatio facta per illum tertium semper mero jure valebit, et tribuet causam praescribendi (notentur sequentia verba per quae comprobatur dictum Cornei) ut advertit *Corneus cons.* 304. *n.* 20. *lib.* 3. concludens, quod si haeres prohibitus alienavit cuidam tertio: et is tertius alienavit alteri, is potest praescribere: quia immediate habuit titulum ab eo qui non poterat prohiberi, ne alienaret. *Haec idem P. Barbosa, quod dictum probat etiam Balbus de praescript. et in specie confirmat dictum Cornei d. cons.* 304. *dicta p.* 1. *post.* 5, *partis principalis quaest.* 5, *sub n.* 4.

Restat modo referendum dictum *Paul. de Castr. in dicta l. fin. in* §. *sin autem sub conditione prope finem, in versiculo, Adverte tamen c. commun. de legat*, quod supra promisi referre, et praecipue, quia ex ejus verbis videtur confirmata nostra propositio, valere alienationem factam ab eo, qui licet habuerit causam a gravato, attamen ille secundus tertius a primo tertio acquirente a gravato praescribet longi temporis praescriptione, et haec sunt ejus verba. Adverte tamen ad unum, in quo his diebus consului. Nam verum est, quod illa res non potest usucapi, vel praescribi, quando alienatio facta fuit per personam prohibitam alienare: ut est ipse gravatus de restituendo, qui ita loquitur hic: si autem alias penitus extraneus, quod non continetur sub prohibitione, qui forte rem tenebat, ut suam: alienavit non nomine gravati, sed suo proprio valeret venditio sicut de qualibet re aliena in praejudicium ipsius venditoris: et sic ex ea tribueretur titulus habilis ad usucapiendum, vel praescribendum contra illum, qui agere posset, et sic post eventum conditionis, vel quando fideicommissum esset purum, vel in diem certum, et hoc videtur tenere *Bald. in l.* 2. *infra de usucapion. pro emptor.*

Nec pariter a nostra doctrina discordat *Petrus de fideicommiss. quaest.* 14. *n.* 172. qui pro se citat *Fusar. loco cit. d. n.* 18. est enim contrariae sententiae contra Fusarium, in haec verba. Quarto considerandum est, quod longi temporis praescriptio, venit etiam in rebus fideicommisso subjectis, et prohibitis alienari, quando praescribens habuit causam a certis personis, quae non erant prohibitae alienare. *Alex. consil.* 101. *n.* 23. *vol.* 7. *Roland. a Val. cons.* 3. *n.* 86. *vol.* 1. et sic etiam in his rebus expresse alienari prohibitis, currit praescriptio spatio decem annorum inter praesentes, et viginti inter absentes, dummodo adsit titulus, habitus a non gravato, alias requiritur spatium triginta annorum secundum communem. *Cephal. consil.* 294. *n.* 51. *et sequent. vol.* 2. *et tradit Castrens. in dicta l. fin.* §. *sin autem avaritiae c. de praescript. longi tempor.* Sic intelligendo illum textum, et licet aliqui velint, concurrente duplici prohibitione alienandi, quod praescriptio longi temporis non habeat locum, ut ille ait *cons.* 296. *n.* 28. Contrarium tamen magis tenent communiter doctores in *l. filiusfamilias* §. *divi ff. de legat.* 1. et respondit *Mantua cons.* 130. *n.* 14. ubi addit etiam titulum inhabilem sive infectum non nocere in praescriptione 30. vel 40. annorum, quia in ea non requiritur ti- 28
tulus, haec *Petra de fideicomm.* imo *n.* 176. *et sequ.* habet haec verba. Primum est, ut id procedat, dummodo simus in tertio penitus extraneo, alias secus: ita concludit *Socin. cons.* 89, *sub n.* 16. *vol.* 1. quatenus concludit habentem causam a camera, quae successit gravato, propter ejus debitum non posse dici habere causam a penitus extraneo haec ille. Hinc cum secundus tertius habuerit causam a primo tertio, qui habuit causam a gravato, iste secundus tertius dicitur omnino extraneus, et per consequens habet titulum habilem ad praescribendum longi temporis praescriptione rem subjectam fideicommisso: licet.

Peregrinus *de fideicommissis artic.* 41. *n.* 15. in illis ver-

bis. Quarta conclusio. Tertius possessor habens in re legata, vel fideicommissa legitimum titulum ab alio quam ab haerede gravato, praescribit rem adversus fideicommissarium post casum fideicommissi spatio longi temporis quia titulus iste ex lege invalidatur. *Sic Castrens. in dicto* ꝯ. *sed quia* (sed male loquitur *in* ꝯ. *sin autem sub conditione in versic. adverte*, (dictum mero supra fuit extensum, ad nostrum favorem) sequitur dicendo. Et intellige prout ipse Paul. loquitur, cum possessor non habet causam ab haerede gravato immediate, aut mediate, secus si causam haberet ab eo, qui ab haerede causam habuisset: nam hic non plus juris habere deberet, quam auctor suus *l. fin.* ꝯ. 1. *ff. ad Vellen.*

29 Nam ad hoc respondetur sufficere ad tollendum objectum adducere instantiam; quia etiam ille, qui vendit rem alienam nullum jus habet, et tamen mediante titulo, et bona fide talis res praescriptione longi temporis praescribi poterit; de qua materia loquitur totus titulus *ff. de usucapion. pro emptor. Antonius Perez in comment. ad c. lib. 7. tit. 26. de usucapion. pro empt. Idem Wesembec. in paratit. ff. de usucapion. pro emptore l. 41. titul. 5. ibidem Zoes. Brunemann. in lib. 1. c. de usucapion. pro emptore*, et ita licet non habeat venditor, vel alienans dominium rei venditae, tamen in emptorem transfertur jus usucapiendi rem alienam cum titulo, et bona fide.

Nec obstat si replicetur, idem dicendum de gravato alie-
30 nante, respectu acquirentis, dummodo sit bonae fidei; nam respondetur, magnam esse disparitatem inter utrumque casum, quia haeres fideicommisso gravatus, a testatore est prohibitus alienare, si alienat, alienatio est omnino nulla, nam ut supra diximus, testator potuit illum ita gravare, quia ab eo fuit honoratus, et ideo inficitur titulus, ut sit nullius momenti; quod secus est in eo, qui rem alienam vendit, nec honoratur a testatore.

31 Major autem est difficultas, an bona subjecta fideicommisso per praescriptionem longissimi temporis possint, praescribi, loquendo etiam de fideicommisso puro, itaut si praescriptio currat contra, vel primum, vel secundum fideicommissarium, noceat secundo, vel tertio, et sic successive.

Peregrinus *de fideicommissis dicto articulo* 41. *n.* 16. *et* 17. ait non currere praescriptionem longissimi temporis,
32 30. *vel* 40. *aut* 50. *annorum*, ea ratione, quia non valenti agere nulla currit praescriptio *lib.* 1. *c. de annal. exception. lib.* 1. *c. de bon. matern. l. in rebus* ꝯ. *omnis c. de jure dot.* est enim regula secundum naturam, nam cum quis agere non potest, negligentia sibi imputare nequit, idcirco praescriptio currere non debet, quae negligentiae est poena, imo ut ne currat centenaria, nec millenaria praescriptio.

Et numer. 17. ait, quod in feudalibus descensivis, vel agnatitiis, non natis, vel agere non valentibus nulla currit praescriptio; hinc ait, quod si primus non revocavit alienationem de feudo factam, potest revocare secundus, et si secundus negligit, poterit tertius, et deinceps hanc quoque rationem confirmat dicendo, quia sicuti primus non potest alienando praejudicare secundo, sic nec etiam praescribi patiendo, quia praescriptio est alienationis species, et plures auctores adducit pro confirmatione suae sententiae, ut apud eum videri potest. Imo *Ruini consil.* 437. *n.* 3. ait quod fideicommissum relictum descendentibus respectu primi succedentis, dicitur purum, respectu vero aliorum dicetur conditionale, quod nequit praescribi, per dictam regulam non valenti agere non currere praescriptionem. Quidquid praedicti auctores dicant, mihi eorum dicta non placent, quia rationes, quas adducunt non convincunt ingenium, faciunt more anserum, primum praecedentem omnes sequuntur, nihil ulterius investigando. Ideo in medullitus ponderata, sum contrariae sententiae, et antequam ad ulteriora procedamus.

Sciendum est, et valde notandum, quod pariter valde commendat *Petrus Barbos. de praescription. ad rubric. subtili c. de praescript.* 30. *vel* 40. *annor. sub n.* 184. qui postquam *n.* 181. habuit haec verba. Praeterea est advertendum, quod dum textus in *d.* ꝯ. *sin. autem sub conditione*, videlicet *in l. fin. c. commun. de legat.* restringit se ad praescriptionem longi temporis, aperte asserit, in illis terminis posse objici fideicommissario praescriptionem longissimi temporis, quod ita ex eo colligi *Zasius in l. filiusfamilias*, ꝯ. *divi n.* 191. *et Ripa* 114. *Alciat. n.* 54. *Aemilius Ferretus, n.* 129. *ff. de legat.* 1. *Corne. cons.* 38. *n.* 10. *lib.* 1. *Gratus cons.* 21. *n.* 36. *lib.* 2. *et ubi plures relati per Pinell. authentic. nisi tricennale n.* 22. *c. de bon. matern. Balbus de praescript.* 5. *part.* 5. *principalis, quaest* 4. *n.* 4. *et quaest* 5. *n.* 2. Sed videndum est de ratione hujus differentiae. *et Paul. d. l. fin.* ꝯ. *sed quia col. penult. ad medium, et ibi Corne. n.* 15. eam assignant rationem, quia alienatio facta de re subjecta restitutioni sub aliqua conditione, postquam conditio fuit impleta, irritatur retro per legem, ac si facta non fuisset, *et* clare probat *d.* ꝯ. *sin. autem sub conditione*, quidquid cavilletur *Paul. consil.* 158. *in fin. lib.* 2. et ideo cum non videatur adesse titulus, sine eo non procedet praescriptio longi temporis *l. nullo c. de rei vindicat.* procedat tamen praescriptio longissimi temporis, in qua titulus non est necessa- 33
rius *l. si quis emptionis*, ꝯ. 1. *infra eod. substituit Jason. d.* ꝯ. *Divi in* 1. *lectur.* 114. *et ibi Crottus n.* 141. *Alex. consil.* 59. *n.* 11. *lib.* 3. et asserit receptum *Anton. Rubeus consil.* 98. *n.* 2. quod tamen, ut fundamentalius intelligatur (sequuntur modo verba *d. n.* 184.) dicendo.

Sciendum est quod, qui prohibet rem alienari, tacite etiam 34
videtur prohibere illius praescriptionem, cum praescriptio sit species alienationis *l. alienationis verbum*, 28. *ff. de verbo. significat.* et ideo tamquam species sub generali prohibitione alienationis continebitur, ut in specie colligitur *ex l. si fundum, et de fundo dotali tradunt Glos. Bart. et alii, leg. una lex. ff. de usucapion.* et asserit receptam *Alex. cons.* 1. *n.* 23. *lib.* 3. *Tiraquell. tract. primogen. quaest.* 3. *n.* 4. quidquid reluctetur *Pinell. authentic nisi tricennale num.* 25. *c. de bon. matern.* Et ideo si lex prohibeat simpliciter, et absolute alicujus rei alienationem, videtur etiam prohibuisse ejus praescriptionem: ut tenent plures quos refert, *Lambertenghus, de contract. sine solemnit. Gi. p. n.* 264.
et sic res illa praescribi non poterit, cum procul dubio lex 35
eam prohibitionem facere potuerit, *l. ubi lex. ff. de usucapion.* haec sunt verba. *Ubi lex inhibet usucapionem bona fides possidenti nihil prodest.* Diversum tamen erit in prohibitione
facta per hominem, nam quantumcumque prohibita alienatione 36
videatur etiam prohibita usucapio, tamen propter defectum potestatis, prohibitio praescriptionis per eum facta effectus validae prohibitionis non habebit: nam cum usucapio bono publico inducta fuerit *l.* 1. *ff. de usucap.* haec sunt verba. *Bono*
publico introducta est usucapio, ne scilicet, quarundam re- 37
rum diu, et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium.
Succedit regula, quod homo privatus non potest prohibere 38
neque tollere dispositum per legem propter bonum publicum, *l. quod de bonis* 15. ꝯ. 1. *ff. ad l. falcid.* in haec verba. *Frater cum haeredem sororem scriberet, alium ab ea, cui donatum esse volebat stipulari curavit, ne falcidia uteretur, et ut certam pecuniam, si contra fecisset, praestaret. Privatorum cautione legibus non esse refragandum.* constitit, et ideo sororem jure publico retentionem habituram, *et actionem ex stipulatu denegandam*, concordat *leg. cerdonem*, 42. *ff. de operis libert.* in illis verbis. *Nam juri pu-*
blico derogare non potuit, qui fideicommissariam liberta-
tem dedit, sicuti facere nequit testator, quin leges locum ha- 39
beant in suis dispositionibus, *l. nemo potest ff. de legat.* 1. et hac ratione in specie testatorem tamquam hominem privatum, non potest directo prohibere, vel tollere usucapionem *Bart. in l. nemo potest, n.* 20. *ff. de legat.* 1. *communiter receptus ex Jason. ibidem in prima lectura, n.* 80. *Ripa n.* 140. *Balb. de praescr.* 5. *part.* 5. *principalis quaest.* 6. *n.* 1. *et seqq.* quem etiam vide *in* 1. *part.* 5. *principalis quaest.* 4. *n.* 3. in quo aperte labitur *Panormitan. in c. cum non liceat, n.* 9. *ad finem de praescript.* dum pro constanti habet, testatorem posse prohibere usucapionem; caeterum, quamvis directo testator hanc prohibitionem non possit facere, poterit tamen per indirectum, nam cum alienatio facta contra prohibitionem testatoris sit nulla, *l. cum pater*, ꝯ. *libertis*, *ff. de legat.* 2. (quam supra extendimus) per indirectam, et in consequentiam impeditur usucapio, quae sine titulo valido procedere non potest *l. nullo*, 24. *c. de rei vindic.* et hac ratione procedit *l.* 2. *c. de usucapion. pro empt.* licet id non satis perceperit *Molina Societ. Jesu. disputat.* 75. et quamvis aliter intelligat, *Balbus* 5. *part.* 5. *principalis*, *quaest.* 4. *n.* 4. Aliud dicendum erit in praescriptione longissimi temporis, nam cum in hac titulus non requiratur, *l. si quis emptionis* ꝯ. 1. *c. de praescript.* neque directo, neque per indirectum illam testator prohibere potest, ut in simili observat *Corne. cons.* 38. *n.* 10. *lib.* 1. Ea igitur erit differentia inter prohibitionem alienationis factam per hominem privatum, nam si attendas potestatem, lex prohibere potest etiam praescriptionem longissimi temporis, quia cum omnes praescriptiones jure civili positivo inventae fuerint ꝯ. *fin.*

inst. de usu, et hab. l. 1. juncta gloss. verbo. civitatis, ff. de acquirend. rerum domin. per legem sine dubio prohiberi, et tolli possunt, *cap. proposuit de concess. praebend.* licet saepius ex defectu praesumptae voluntatis interpretemur, legem prohibentem alienationem, vel praescriptionem, non prohibuisse praescriptionem longissimi temporis, *l. si cohortalis c. de cohortalibus lib. 12. auth. de nuptiis §. sed quod sancitum collat. 4. cap. 1. §. praeterea juncta glos. verb. praescript.* ut ibi *Balb. de praescript. 5. part. 5. principalis quaest.* 9. et dicemus latius, *l. omnes infra* eo. Caeterum homo privatus nunquam directo potest impedire praescriptionem longissimi temporis: quae titulum non requirit, ut dictum est, quamvis hanc differentiam et rationem non satis perceperit, *Ruin. cons. 41. n. 26. lib. 1. et minus, Pinell. authent. nisi tricennale n. 25. c. de bonis maternis, neque Molina societatis Jesu disp. 75.* haec ille Petrus Barbosa. Sequitur postea dicendo.

Est et alia differentia inter praedictas prohibitiones, quia prohibito legis prohibentis alienationem, vel praescriptionem omnes comprehendit secundum legis naturam *cap. 1. de constit.* et sic a quocumque alienatio fiat contra legis prohibitionem non valebit alienatio, neque procedet praescript. *l. ubi lex ff. de usucap.* Sed homo privatus (pro ut est testator) per suam prohibitionem tantum comprehendit, eos, quos honoravit, *l. ab eo c. de fideicommiss.* quibus ita praeeuntibus nostram constituimus.

Conclusionem, bona fidei commisso supposita sive sub 40 conditione, sive pure praescriptione longissimi temporis, 30. vel quadraginta annorum posse praescribi, et illorum dominium utile acquiri etiam in praejudicium eorum, qui vel nati non sunt, vel agere non potuerunt. Quod talis praescriptio habeat locum in bonis fideicommissariis sive pure sive sub conditione sit relictum fideicommissum. Fere omnes interpretes hoc affirmant, ut probat *Crottus in l. filiusfamilias, §. Divi n. 140. ff. de leg. 1.* in haec verba. *Secunda sit conclusio. Res prohibita alienari per testatorem, praescribi potest spatio 30. aut 40. annorum, quia in ea non requiritur titulus secundum Paul. de Castr. in d. l. fin. in §. sed quia nostra c. commun. de legat. Alex. cons. 60. vol. 3.* In hujusmodi enim praescriptione sufficit bona fides ipsius possidentis *c. 2. de praescript. in 6. et notatur in c. si diligen-* 41 *ti extra. de praescript.* quae praesumitur ex possessione dicti temporis, ut soluit notanter *Bart. in l. fin. c. unde vi Bald. in l. 1. col 4. c. unde vi Angel. in l. penul. c. quib. non obstet longi temp. praescr. Dom. Antonius in c. cum ecclesia sutrina in ult. colum. de caus. possess. et proprietati.* Et ista conclusio est de mente Bart. intelligendo eum secundum leges, quibus movetur, prout intelligendum dictum Glos. *et Bart. ut dicit Bart. in l. non solum in §. liberationis verba. ff. de liberat. legat. Adducit etiam Bart. in l. fin. in fine §. penult.* in quo excluditur praescriptio longi temporis, ergo praescriptio longissimi temporis admittitur, argum. *l. maritus c. de Procurator. et l. non eo minus c. eod tit.* Dum ergo *Bart.* concludit, res prohibitas alienari, posse praescribi, est intelligendus, ut loquatur de praescriptione longissimi temporis, in qua titulus non est necessarius, non autem intelligi debet, quod loquatur de praescriptione longi temporis. Ex quo infero, quod doctores male interpretantes *Bart.* eum injuste reprehendunt. Et sic puto posse concordari dicta *Bart. hic* cum his, quae posuit in *l. ubi lex. ff. de usucapion.* nam hic loquitur de praescriptione 30. annorum, ibi autem quitur de *praescription. long. tempor.* haec ille. hoc idem probat *Fusar. de substitut. fideicommis. qu. 28. n. 19.* qui probat dictum *Crottae. ut sup. relatum Peregrin. de fideicommiss. articul. 41. n. 14. Balbus de praescriptionib. quintae partis principalis q. 5. et plures alii, quos citat idem Fusaris,* et de hoc quoad me nulla est dubitatio, nam *l. omnes 4. c. de praescriptione triginta, vel quadraginta annorum,* simili praescriptione tolli voluit omnes, et quascumque actiones, et exceptiones, quae eamdem possent impedire jam in suo esse perfecte constitutam.

Solum difficultas est de aliis successoribus pro ut notat idem *Crottus supra citatus in d. l. filiusfamilias, §. divi n. 142.* 42 in haec verba, quarta sit conclusio, licet in rebus prohibitis alienari cadat praescriptio longissimi temporis, ut dictum est, illa tamen non obest aliis proximioribus de familia, quibus non competebat jus revocandi alienationem eo tempore, quo facta fuit alienatio, ista conclusio probatur optima ratione, nam ad bona alienari prohibita extra familiam non omnes de familia admittuntur, sed proximus quique admittitur, *l. peto in §. fratre, infra de legatis secundo:* Remotiores ergo in gradu non habent jus vindicandi rem alienatam extra familiam, eo quia excluduntur per eos, qui gradu proximiores sunt. Sed non valenti agere, nulla currit praescriptio, *l. prima in fine 6. de annal. exceptione, idem Fusarius de subst. fideicom. q. 528. n. 5.* dicens in praescriptione decursa contra unum ex fidei commissariis, quae non nocet sequenti in gradu, qui vult ex persona propria succedere, sive simus in fideicommissis, sive in majoratibus, per eamdem rationem, quod non valenti agere non currit praescriptio, hoc idem probat *Peregrin. de fideicommissis dicto articulo 41. n. 17.* ita ut si primus fideicommissarius fuerit negligens in revocanda alienatione, seu in revocandis bonis; secundus agere poterit ad recuperationem, et si pariter secundus fuerit negligens, tertius, et sic successive poterunt recuperare bona, non alia ratione, nisi quia secundus non potest succedere primo existente, et ita successive de aliis. Itaque non valenti agere licet currat praescriptio, attamen ei non nocet. Et licet haec regula prima facie urgere videatur, attamen, si medullitus ponderetur, nihil officit, nisi in casibus a jure expressis.

Et ideo his non obstantibus dicimus praescriptionem longissimi temporis nocere etiam aliis fidejcommissariis. Ad cu- 44
jus comprobationem, est iterum advertendum, quemlibet fidejcommissarium sicuti, et haeredem gravatum, sive sub conditione, sive pure, sive in diem esse dominum bonorum fide- 45
jcommissariorum, ut erudite docet *Corneus cons. 304. sub n. 19. versiculo in praescriptione autem vol. 3.* licet ab aliquibus reprobetur, sed male, quia loquitur fundamentaliter in haec verba.

In praescriptione autem longissimi temporis non requi- 46
ritur titulus *leg. si quis emptionis c. de praescriptione triginta, vel quadraginta annorum.* Et dominium utile quae- 47
ritur per ipsam longissimi temporis praescriptionem, cum bona fide causatam, ut ibidem, et avocatur tunc dominium ab eo, qui tunc temporis est dominus, prout est haeres, vel alius rogatus de restituendo, et hoc legis dispositione, non ex dispositione rogati de restituendo. Quod autem istud dominium eveniente postea conditione auferatur ab eo, qui praescripsit, et qui illud non habet rogato de restituendo, non cavetur jure. Nec ratio id suadet: nam licet fidejcommissarius dicat, quod non currit praescriptio adversus me; quia agere non poteram, respondebitur, ego non praescribo
adversus te: sed praescribo dominium adversus dominum 48
praesentem; et illud quaesitum non debet avocari a te, qui nunquam illud habuisti; et modo succedis in locum haeredis *l. qui quadraginta 2. ff. ad senatum consultum Trebell et leg. postulante 44. §. sed in hujusmodi versiculus ff. eodem.* Ideo, si haeres non est dominus tempore restitutionis, nec tu sis dominus, qui succedis in locum ejus. Ponamus enim, quod haeres nunquam quaesiverit possessionem, vel si quaesivit, illam amisit sine facto, vel culpa sua, alius possedit longissimo tempore bona fide, et ipsa praescriptione quaesivit utile dominium, evenit postea conditio fideicommissi, dicetne quispiam, quod transeat dominium in fidejcommissarium; ita quod lex auferat ab eo, qui illud habet, et quod nihil habet agere cum fidejcommissario? Profecto ratio non suadet: nec jura urgent. Haec ille scilicet Corneus.

Et quod quilibet fidejcommissarius, vel etiam haeres gra- 49
vatus sint domini bonorum restituendorum, demonstratur ex doctrina pariter ejusdem *Cornei loco cit. n. 22.* in responsione ad illam regulam non valenti agere non currere praescriptionem, de qua *in lege prima in fine c. de annali exceptione, et in l. in rebus §. fin. c. de jure dotium, et in l. contra majores c. de inofficioso testamento,* in haec verba.

Quia respondetur, quod dicta praescriptio non fuit decursa contra non valentem agere: sed contra tunc temporis dominum; qui agere poterat, et mediante praescriptione ab ipso domino fuit extortum dominium: adeo quod eveniente postmodum conditione, dominium reperitur apud eum, quem testator non potuit onerare. Nec reperimus jure cautum, quod istud dominium, quod negare non possumus, interim quaesitum, eveniente conditione convolet in fidejcommissarium: nec ratio urget, quod existens apud eum, qui non repraesentat testatorem, ipso jure transferatur in honoratum a testatore, et si non transferatur dominium, non habet fi-
dejcommissarius jus agendi adversus possessorem, quia actio 50
personalis, quae competit pro fidejcommisso, non competit contra possessorem rei haereditariae *lib. 1. §. si haeres ff.*

ad Trebell. facit. l. fin. §. final. ff. de contrahend. empt. et
51 si non transfertur dominium, cessat rei vindicatio, quae do-
minium praesupponit *l. rem actio. ff. de rei vindicat.* in
haec verba. *In rem actio competit ei, qui aut jure civili do-
minium acquisivit, et lib. 1. c. de alienat. mutand. jud.
caus. fact.* sequitur idem auctor.

Nec etiam competit hypothecaria cum tempore, quo cessit
dies fidejcommissi, dominium ipsius rei non esset in haere-
ditate: sed esset apud eum, cujus bona non poterant a testa-
tore onerari, et qui praescripserat rem liberam, et per con-
52 sequens cessant omnes tres actiones, quae pro legatis, et fi-
dejcommissis competunt *lib. 1. §. rectius igitur c. commun.
de legat. et l. cum filius §. Varius ff. de legat. 2.* Itaque
praescriptio non competit adversus actionem postea ortam;
53 sed mediante praescriptione, qua quaesitum fuit dominium,
impeditur dominii acquisitio facienda per fideicommissarium,
et consequenter impeditur ortus actionis realis rei vindica-
tionis, vel hypothecariae, et constat longe facilius impediri
acquisitionem, quam revocari acquisitionem, factam jux-
ta *l. pater furioso, ff. de iis, qui sunt sui, vel alior.
jur.* cum ibi notatis *c. ad nostram de regularibus.* et
facit illud vulgatum. Turpius ejicitur, quam non admit-
titur hospes *cap. quemadmodum, de jure jurand.* Non
ergo competit praescriptionis exceptio adversus fidejcommis-
sarium, cum exceptio praesupponat actionem *lib. 2. ff. de
exceptionib.* sed erit exceptio intentionis, et facti, scilicet,
tu non habes dominium, et per consequens, nec actionem ad-
54 versus me: et sine actione nemo experitur *l. si pupilli §. vi-
deamus ff. de negot. gest. in fin. gloss. in l. ubi pactum in
verbo. Poena c. de transact.* et propterea possumus dicere,
55 non esse diversam praescriptionem adversus non valentem
agere. Sequitur idem auctor.

56 Sin autem ante finitam longissimi temporis praescriptio-
nem cessisset dies fideicommissi, et fideicommissarius conse-
quutus fuisset dominium rei relictae, et consequenter opor-
teret, quod possessor niteretur praescriptione adversus jus
quaesitum ipsi fidejcommissario: tunc ratio viva suaderet,
quod tempus antea elapsum non deberet obstare ipsi fidej-
commissario, et actioni suae; licet postea compleretur tem-
pus, quod restabat ad praescriptionem complendam: tunc e-
nim militat ratio *l. cum novissimi §. illud c. de praescript.
30. vel 40. annorum*, ubi in obligationibus conditionalibus,
vel in diem incipit currere praescriptio adveniente conditio-
ne, vel die, tam in personalibus, quam in hypothecariis, nec
non, et regulae supradictae, et hoc casu intelligerem id quod
sentiunt. *Gloss. et doct. in dicto §. sed quia nostra maje-
stas in l. sed qui duobus c. commun. de legat. et maxime
Bald.* qui ibi in lectura nova facit mentionem de praescri-
ptione longissimi temporis, sentiens, quod in casu illius §.
praescriptio longissimi temporis non obstat fidejcommissario
conditionali, per regulam *dicti §. illud*, in quo §. non im-
peditur ortus actionis, et praescriptio extenditur adversus a-
ctionem, quae postea oritur: unde ratio militat in supradicto
casu, quem proxime dixi, et non in casu quo praescriptio
completa fuisset, antequam cessisset dies fidejcommissi prout
dicitur fuisse prius completam in casu nostro.

Nisi forte quis dixerit, praedicta non procedere ex eo, quia
per longissimi temporis praescriptionem non quaeritur dire-
ctum dominium, sed utile *ut dicta l. si quis emptionis*, et
quod habetur *in Authentic. nisi tricennale, c. de bonis ma-
ter.* et sic non impeditur ortus directae rei vindicationis.

Sed respondetur, quod licet hoc verum sit, tamen a prin-
cipio transfertur in fideicommissarium jus, quod erat in hae-
reditate, quod erat inefficax, et infirmum, ita quod illa rei
vindicatio nata fuerit cum illa (ut ita dixerim) infirmitate:
quia utile dominium erat apud tertium, quod secundum ea,
quae supra dixi non convolat in fidejcommissarium, unde in
effectu militent ea, quae supra dixi, licet non militet forma-
liter exceptio illa sine actione experiri; sed illud in medium
adduxi ad imprimendum, qualiter potest contingere, quod
praescriptio inducatur pendente conditione, et cum supradixe-
rim praescriptionem interim completam impedire nativita-
tem actionis, quando subjecta materia, scilicet, quod prae-
scriptione quaereretur directum dominium, pari ratione pos-
sumus dicere, quod impediat nativitatem efficacis actionis,
haec Corneus.

Mihi autem non quadrat in responsione ad dictam obje-
ctionem, de dominio utili, et directo, quidquid sit, quando
etiam acquireretur solummodo praescriptione longissimi tem-
poris dominium utile, attamen nihil officeret quoad acqui-
tionem, seu ad opponendam exceptionem pro elidenda actio-
ne, et ad inducendum defectum intentionis, nam quod prae-
stat actio directa, idem praestat actio utilis pro ut dicimus
de Salviano interdicto, quod duplex est directum, et utile.
Directum datur locatori rustici praedii adversus colonum, 57
quia nominatim de his loquitur. Utile autem ex interpreta-
tione datur locatori urbani praedii contra inquilinum *l. pri-
ma per totam ff. de Salviano, interdicto*, quod interdictum
datur etiam contra tertios possessores, prout etiam diffuse lo-
quitur *Statillus, de Salviano interdicto inspectione pri-
ma cap. 1. n. 6. et sequentibus*, et hoc etiam clarius proba- 58
tur quod tam directa, quam utilis actio ejusdem sint effectus
l. actio 49. ff. de negotiis gestis in haec verba.

*Actio negotiorum gestorum illi datur, cujus interest hoc
judicio experiri. Nec refert directa quis, an utili actione
agat, vel conveniatur; quia in extraordinariis judiciis, ubi
conceptio formularum non observatur, haec subtilitas su-
pervacua est; maxime cum utraque actio ejusdem potesta-
tis sit, eumdemque habeat effectum* quam doctrinam sequitur
etiam *Pinellus de bonis maternis in l. prima, tertia part.
in Authentica nisi tricennale n. 36. ad finem* imo *n. 37.*
refert sententiam interpretum in praescriptione acquiri do-
minium directum, quae sententia frequentior est, *et n. 38.*
ait mihi verissima videtur opinio Martae contra glossam pri-
mam, quia ratio, et potestas legis inducentis usucapionem 59
manifeste suadet praescribentem omnino fieri dominum, nec
aliud dominium remanere penes eum, contra quem prae-
scribitur, aliter enim maneret adhuc aliqua incertitudo, et
causa litium contra leges, ubi plura etiam adducit funda-
menta pro comprobatione ejus sententiae, quam, et ego ve-
rissimam teneo per dictam *Authenticam nisi tricennalem
c. de bonis maternis*, in illis verbis, *nisi tricennale tempus
transeat, quo possessor dominus fit, et per textum in l. tra-
ditionibus c. de pactis*, in haec verba, *traditionibus, et usu-
capionibus dominia rerum, non nudis pactis transferun-
tur*, loquuntur enim generaliter, et sine aliqua plica, et i-
deo etiam generaliter veniunt intelligendae, et ita eluditur
tale objectum propositum ab eodem Corneo, sed non recte
solutum.

Nec obstat textus *in l. servo legato 72. §. si servum ff. de
legatis primo* in haec verba. *Si servum sub conditione lega-
tum alienaverit, deinde conditio extiterit, potest nihilomi-
nus a legatario vindicari: nec extinguitur legatum*, et tex-
tus in *l. si fundum 104. ff. de conditionibus, et demonstra-
tionibus*, ubi si fundum a testatore legatum sub conditione
haeres alienaverit existente conditione, proprietas erit ejus-
dem legatarii; imo nec servitutem imponere potest haeres,
et imposita finietur existente conditione, ex quibus juribus
prout etiam *ex leg. final. §. sed quia nostra majestas*, et
§. sin autem cod. communia de legatis elicitur haec propo-
sitio, dominium existente conditione, recta via transire in
legatarium vel fidejcommissarium.

Nam respondetur ex eisdem juribus scotere resolutionem
eam loqui de alienatione facta ab haerede, non vero a tertio,
vel per praescriptionem longissimi temporis sine titulo, et sic
nihil contra nos, quapropter sicuti currit praescriptio decem
vel viginti annorum cum titulo in bonis fideicommissariis
subjectis fideicommisso conditionali, vel in diem; etiam de-
bet habere locum in fideicommissis descensivis praecipue
concurrente praescriptione longissimi temporis. Hoc autem
praecipue debet habere locum, quia praescriptio currat con-
tra dominum bonorum fidejcommissariorum, eo quod quili-
bet fideicommissarius sit dominus bonorum fideicommisso
subjectorum, sed revocabiliter, ut probat plenarie *Peregri-
nus de fidejcommissis articul. 2. n. 62. et 63.* ubi ad hoc ut
jura transeant secundum fideicommissarium; iste secundus
debet agnoscere fidejcommissum, prout practicatur in addi-
tione haereditatis, nam antequam haeres adeat haereditatem,
jura, et actiones non transeunt in haeredem ad formam tex-
tus *in l. pro haerede 20. ff. de acquirenda, vel amittenda
haereditate* in illis verbis, *nam hoc animo esse debet, ut
velit haeres esse*, ergo signum est, si primus fideicommissa-
rius, vel secundus possideat fideicommissum, et successive de
tertio, et interim eo possidente alius bona fide praescribat
praescriptione longissimi temporis contra primum secun-
dum, vel tertium, et sic successive, dummodo praescriptio-
nem inceptam contra primum secundum fideicommissarium,
illam contra eumdem compleverit, praejudicabit etiam suc-
cessoribus fidejcommissariis, apud quos adhuc non est domi-
nium bonorum fideicommisso subjectorum, et per consequens

non poterit dici talem praescriptionem currere contra non
valentem agere.
60 Nam textus ex adverso citati ad comprobandam dictam re-
gulam, contra non valentem agere, non currere praescriptio-
nem; primo *in l. prima §. ne autem c. de annali exceptio-
ne, et l. in rebus §. volumus c. de jure dotium, et leg. con-
tra mores* 16. *cod. de inofficioso testamento.* Hujusmodi ju-
61 ra non percutiunt punctum de quo controvertitur, sed lo-
quuntur in casu longe diverso. Enim vero textus *in dicta l.*
1. *de annal. exception.* loquitur in filio-familias, qui acqui-
sivit bona adventitia, in quibus pater habet usumfructum, et
filius dominium, cum ergo filius sit impeditus agere, merito
pro eo stat regula, quod non valenti agere non currit prae-
scriptio, nec contra patrem currit talis praescriptio, quia, cum
ipse non sit dominus, praescriptio non potest ei auferre do-
minium; textus vero *in l. in rebus*, loquitur de bonis dotali-
bus, quorum Mulier habet et ipsa dominium, nam durante
matrimonio mulier agere nequit, quia maritus ipse dotem
possidet, ideo non est mirum, si praescriptio etiam longissi-
mi temporis lapsa sit durante matrimonio, attamen nihil no-
cere potest mulieri, quin soluto matrimonio actione rei vin-
dicationis agere possit, ita loquuntur supradicti textus, *l.
contra majores* 16. c. *de inofficios. testament.* loquitur pa-
riter in alio casu videlicet, alicui plures competunt actiones,
simul cumulari non possunt, sed una venit eligenda, et ea
electa, non propterea currit tempus contra alias non electas
et sic nihil in casu nostro, nam ex diversis non fit illatio, et
in bonis fideicommisso subjectis, cum, ut diximus, donec
sunt penes unum, illorum dominium pariter remanet penes
eumdem, et in eos qui succedere debent, jura et actiones non
transeunt, nisi post mortem praecedentis, apud quem rema-
nebat dominium, ideo, jure, et merito contra eum currere
potest praescriptio, etiam in praejudicium eorum, qui adve-
niente casu succedere debent, et sic remanent sublata con-
traria.

Et licet multi teneant contra Cornaum *d. consil.* 304. at-
tamen, quia fundamentaliter discurrit ab eo recedere non in-
tendo, imo attenta doctrina Petri Barbosae superius allata,
ea magis remanet comprobata, et fortius illam corroboramus,
62 ex doctrina mox adducenda, stante nempe illa conclusione,
quod homo privatus non potest in sua dispositione prohibere
praescriptionem, prout facere potest lex, vel illam inducere,
attento publico bono, et ita inducere praescriptionem lon-
gissimi temporis in bonis fideicommissis, hac ratione, sicuti
63 sententia lata contra gravatum fideicommisso ei nocet licet
non fuerit fideicommissarius citatus extra dentes probat *Bart.
in l. In diem objecto n.* 1. *ff. de aqua pluvia arcend.* ubi
64 hanc proponit quaestionem ago contra quemdam, qui habet
substitutum, an substitutus sit citandus, respondet per di-
ctum textum *in dicto l. in diem*, in fine esse citandum, sed
postea resolvit contrarium per textum *in l.* 1. *§. denuncia-
ri: ff. de ventre inspiciendo* per haec verba. *Denunciari au-
tem oportet iis, cui proxima spes successionis contingit, ut
puta primo gradu haeredi instituto, non etiam substituto,
et si intestatus sit paterfamilias, iis, qui primum locum ab
intestato tenent, si vero plures sint simul successuri, omni-
bus denuntiandum est*, concordat pariter textus *in l.* 2. *§.
defertur, ff. de bonor. possess. secund. tabul.* in haec verba.
*Defertur bonorum possessio secundum tabulas primo gra-
du scriptis haeredibus: mox illis non petentibus, sequenti-
bus, non solum substitutis, verum substituti quoque substi-
tutis, et per seriem substitutos admittimus. Nam sicuti ad
adeundam haereditatem proximi sunt, ita et ad bonorum pos-
sessionem nisi substitutus esset ventri*, juxta textum *in l.* 3.
*Qui ventri substitutus est, vel institutus, si ventrem ser-
vare velit, audiendus est, ff. eod. tit. de ventr. inspiciend.*
et praecipue in actu judiciali sit ipse Bartolus, per textum
in l. filius-familias 117. *§. quod si liberis*, in versiculo, *nam
si haeredis ff. de legatis, primo* in illis verbis. *Nam si
haeredis propter creditores testatoris bona venierint, for-
tunam communem fideicommissarii quoque sequuntur.* Li-
cet Bartolus *in dicta l. filius-familias in dicto §. divi seve-
rus, in glossa finali* dixerit quod si contra alienare prohibi-
tum feratur sententia, etiam nulla collusione interveniente
illa sententia non nocet ei, in quem res illa prohibita debet
transferri, nisi fuerit citatus, et refert *Angelus in dicto §.
divi severus, n. quarto in fine.* Dicendo, et hoc sub dubio
finto dixit, hoc est, *Bartolus*, ait enim, hoc non placet cum
jus defensionis ad eum prohibitum pertineat principaliter.
65 Unde qui laedi possunt solum in consequentiam non sunt re-
quirendi per textum *in l. si suspecta supra de inofficioso
testamento. Infra ad Trebel. l. cum haereditas*, et *infra
de re judicata l. saepe facit, infra Trebel. l.* 1. circa prin-
cipium in verbo, *ponderet*, haec Angelus, et est doctrina
Alexandri pariter in dicto §. divi severus, il secundo n. 7.
ubi confirmat idem, quod dicit Angelus contra Bartolum
quem interpretantur in illo loco scilicet §. *divi*, sub dubium
locutum fuisse, alias non requiritur citatio nisi illius, qui
in re tempore judicii habet jus, non autem illum, qui ex
post facto ob aliquam causam jus habere possit, vel illum, qui
in consequentia non autem principaliter, unde in sententia,
quae fertur contra institutum non est necesse citari substitu-
tum, vel fideicommissarium, ut ei praejudicet per textum
in l. ex contractu 44. *ff. de re judicata.* Ubi sententia lata
contra institutum mandatur executioni contra substitutum,
in haec verba.

*Ex contracto paterno actum est cum Pupilla tutore au-
ctore, et condemnata est: postea tutores abstinuerunt eam
bonis paternis, et ita bona defuncti ad substitutum, vel ad
cohaeredes pervenerunt. Quaeritur an hi ex causa judicati
teneantur. Respondi, dandam in eos actionem judicati,
nisi culpa tutoris pupilla damnata est.* et Alexander refert
opinionem aliorum, tandem sub n. 9. in versiculo, *tamen de
jure veriorem puto opinionem Angeli, et aliorum aucto-
rum, ut ibi prope finem, fundati in dicta leg. ex contractu*
quam sententiam sit ipse sequuntur *Romanus in l. in die,
et Immola in l. decem ff. de verborum obligationibus*, re-
movendo objectionem, dicendo non obstat, quod sententia
sit magni praejudicii, et inducat praesumptionem juris. et
de jure, quia respondeo, quod poterit substitutus appellare
pro interesse suo, quando erit sibi notificata. Nec antequam
sit certificatus de tenore sententiae, currit sibi tempus ad
appellandum, *l.* 1. *c. de temporibus appellationis*, et *cap.
concertationi cum Glossa notabili de appellatione in
sexto.*

Supposita hac doctrina, sic nobis est discurrendum praeci-
pue attenta dispositione supra dicti §. denuntiori. *l. primae
ff. de ventre inspiciendo*, sicuti ergo sunt citandi solummo-
do illi, qui succedunt, vel sunt in proximo gradu in actu ju-
diciali, nec debent citari alii, qui succedunt, sed servandus
est ordo vocationis, seu substitutionis nempe, ut semper sint
citandi illi qui proxime succedunt, et immediate, quod to-
tum praestat auctoritas judicialis, seu sententia judicis, quae
postea in consequentiam laedit remotiores succedere debentes,
ut jam sup. demonstratum est; ergo totum, quod praestat au-
ctoritas judicialis, id totum quoque poterit praestare le-
gis auctoritas, videlicet cum lex introduxerit praescriptio-
nem longissimi temporis, ut pacata reddatur provincia a
tot litigiis respectu dominiorum, voluit introducere hanc
praescriptionem longissimi temporis, ne dominia diu rema-
nerent incerta. Itaque existente uno fideicommissario in pos-
sessione bonorum fideicommisso subjectorum, si contra eum
possessorem incoeperit currere praescriptio semper cum bona
fide contra eumdem, et fuerit completa, praejudicabit etiam
aliis, qui post mortem anterioris possessoris debent habere
bona fideicommissa in eisque succedere, ea ratione, quia
tempore praescriptionis non erant domini, nec habebant jus
in re tempore inceptae, et terminatae praescriptionis, ideo
sicuti sufficit citatio illius, qui proxime succedere debet, ita
etiam sufficiet praescriptio incepta, et completa contra ante-
riorem possessorem licet postea etiam sequatur damnum, sed
in consequentiam aliis successoribus ex post succedere deben-
tibus. Et haec maxime procedere debent quando remotiores,
et qui proxime succedere non possunt, fuissent in provincia
et non ignorarent talem praescriptionem. Alias etc.

Limitanda esset haec nostra conclusio secundum doctrinam 66
Fusarii de fideicommissaria substitutione quaest. 528. *n.*
22. in haec verba. *Advertendum tamen est, quod in casibus,
in quibus decursa esset praescriptio, daretur restitutio
subsistente probabili ignorantia, alias non esset danda ex
Cuman. Alexand. Decii, Paris Socin. Jas. Crav. Rol. a
Val: et plures alias*, et praecipue concurrente absentia.

Haec igitur demonstrant, quid possit facere fideicommis- 67
sarius in materia concedendi servitutem in bonis fideicommis-
sariis, nam cum ipse sit prohibitus alienare respectu suorum
successorum etiam ex contractu; non potest constituere ser-
vitutem, *et si eam constituat, durabit tantum suo jure du-
rante l. si fundum* 104. *ff. de conditionibus*, et *demonstra-
tionibus* in illis verbis. *Nec servitutem imponere poterit,
sed etiam imposita servitus finiatur, existente conditione*

idem probat *Fusarius de substitutione fideicommissaria, quaest.* 527. *sub n.* 2. *et sequentibus.*

68 Caeterum si quis bona fide, et aliquo titulo usus esset servitute aliqua in bonis fideicommissariis credens sibi competere talem servitutem, dicendum videbatur, decennio inter praesentes, et vicennio inter absentes contra possidentem acquisitam esse servitutem etiam in praejudicium successorum ad formam textus *in l. si quis diuturno usu* 10. *ff. si servit. vindicetur.*

Attamen cum ad acquirendam servitutem per decennium,
69 vel vicennium requiratur scientia, et patientia domini possidentis ad formam textus *in l. si aquam* 2. *c. de servitut. et aqua*, ibi, *si aquam per possessionem Martialis eo sciente, duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti*, et scientia, et patientia sunt requisita essentialia acquirendae servitutis. Sed sic est, quod haeres gravatus fidei commisso est prohibitus a testatore alienare bona fideicommissi, in qua prohibitione, nedum includitur expressa,
70 sed etiam tacita alienatio ex *c. cum. quid.* 84. *de regul. jur. in* 6. nam directe prohibitum, etiam indirecte censetur prohibitum, et quod directe fieri non potest, nec etiam per indirectum *l. scius et augerius* 27. *ff. ad l. falcid.* ubi facta in
71 fraudem legis tamquam non facta habentur, ut sunt nullius momenti *Augustin Barbos. in dict. c. cum quid.* ubi copiose, et ideo videbatur dicendum, nec etiam acquiri posse servitutem in bonis fideicommissariis, quibus tamen non obstantibus.

72 Conclusio nostra est servitutem usucapione, seu praescriptione acquiri posse in bonis fideicommissariis licet concurrat scientia, et patientia fideicommissarii, probatur autem haec nostra conclusio ratione fundamentali, nempe acquirens servitutem per usucapionem seu praescriptionem non dicitur habere titulum, seu causam ab haerede gravato vel fideicommissario, sed credit uti jure suo ad formam textus *in l.* 1. §. *caput aquae ff. de aqua quotidiana, et aestiva* in illis verbis, *sed et si jure aqua non debetur alicui: si tamen jure ducere se putavit: cum non in jure, sed in facto erraverit, dicendum est, eoque jure utimur, ut interdicto hoc uti possit, sufficit enim si jure se ducere putavit, nec vi, nec clam, nec praecario duxit*, et in eadem *l.* §. *Aristo* in illis verbis. *qui se putat suo jure uti, non eum, qui scit nullum se jus habere, et utitur.* Et ita utitur jure communi medio termino ab eodem jure approbato, scil. usucapione, seu praescriptione, fundato in ipsomet acquirente, qui dici non potest eum habere titulum ab haerede. Hinc per ea quae superius diximus in hac praesenti quaestione in versiculo sciendum, et successive testator prohibet quidem alienationem bonorum fideicom-
73 misso suppositorum, sed in iis tantum personis, quas idem testator honoravit ad formam textus *in l. ab. eo c. de fideicommissis*, supra extensa, et copiose *Petrus Barbosa ad rubricam tituli de praescriptione triginta, vel quadraginta annorum, a n.* 200. *usque ad* 210. Imo etiam sicuti admittit praescriptionem bonorum fideicommissariorum triginta, vel quadraginta annorum, quia in ea non requiritur titulus, sed solummodo sufficit bona fides, ut diximus supra hac eadem quaestione, nec non et idem *Petrus Barbosa loco citato.*
74 Hinc cum in usucapione seu praescriptione servitutis acquirendae non requiratur titulus per textum *in l.* 2. *c. de servitutibus, ut aqua* quae exigit solummodo scientiam, et patientiam adversarii diffuse *Brunemanus in dicta l. in versic. sed titulum, et fundatur in l.* 1. §. *fin. ff. de aqua pluvia arcenda*, versic. sane, in haec verba. *Sane enim, et in servitutibus, hoc idem sequimur, ut ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute, neque vi, neque clam, neque praecario habuisse, longa consuetudine, veluti jure impositam servitutem videatur. Et in l. si quis* 10. *ff. si servitus vindicetur. Si quis diuturno usu, et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus sit, nec ei necesse est docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos fere tot usum se non vi non clam, non precario possedisse.* Et ita discurrit *Donellus lib.* 11. *cap.* 12. *sub littera B.* ubi in punctualibus terminis firmat hanc nostram propositionem, in acquirenda servitute mediante usucapione, vel praescriptione nullo modo requiri titulum, nam quando titulus requiritur non exigitur scientia, et patientia adversarii, cum haec omnia suppleat titulus. ut ait idem *Donellus loco citato* in haec verba, et hoc convincit *d. l.* 1. §. *fin. ff. de aqua pluv. arcend.* tripliciter. Primo ex verbis, ubi non invenitur imposita, idest ubi titulus, deest, qui imponitur, qui acquirend. causa est. Secundo: ibi, in servitute hoc sequimur. Proprium itaque aliquid servitutis refertur, non usucapiendarum rerum corporalium commune. Tertio ibi, neque vi, neque precario neque clam, quibus scientia domini exigitur, et idem probatur ex *dicta l.* 2. *c. hoc tit.* scilicet *de servitute, et aqua.* Nam si ibi titulum habuit, is aut a domino, et statim servitus non tempore quaesita. Aut ab alio, et non recte requiritur, ut sciente domino usus sit, eum titulo praeditus, etiam domino ignorante usu capiat *d. l. si quis* 10 *ff. si servitus vindicetur*, ubi docere de jure idest titulo per sequentia verba, veluti, *ex legato etc.* Exponens verba illa de jure civili et directo, quod non cogatur probare, et plura alia, ut apud eum videri potest, et in commentariis sub eadem littera B. *ex Gioanetto ad l.* 2. *cod. de pact. inter empt. et vend. n.* 167. *Vasquez lib.* 2. *illust. controvers.* 65. *n.* 7. *et seq. et cap.* 78. *n.* 1. Haec Donellus ex quibus infertur.

Quod sicuti per praescriptionem 30. vel 40. annorum praescribuntur bona fideicommissaria absque titulo, eo quod ob bonum publicum sit introducta, cui testator non potest derogare, neque facere potest, quin leges locum habeant in sua 75
dispositione, *l. nemo potest ff. de legat.* 1. et prout supra hac eadem quaestione probavimus in versiculo, *conclusionem bona fideicommisso*, etc. et ante dictum versicul. sequitur necessario haec consequentia, ergo cum in usucapione pro servitute acquirenda non requiratur titulus, id, quod dicitur de praescriptione 30. vel 40. annorum, idem erit dicendum de usucapione decem, vel viginti annorum, et ut per eam possit acquiri servitus, quia, et ipsa est de jure publico, sive etiam quia agitur de modico praejudicio, in constituenda, vel acquirenda servitute.

Ea ratione, quia in praescriptione 30. vel 40. annorum, prout etiam in praescriptione decem, vel viginti annorum corporalium acquiritur rerum dominium, ut probat textus *in leg. si quis emptionis*, 8. *c. de praescription.* 30. *vel* 40. *annor.* haec sunt verba. *Si quis emptionis, vel donationis, vel alterius cujascumque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem, vel viginti annos possederit, et longi temporis exceptionem contra dominus ejus, vel creditores hypothecam ejus praetendentes, sibi acquisierit, posteaque fortuito casu possessionem ejus rei perdiderit, posse eum etiam actione ad vindicandam rem eamdem habere sancimus*, sequitur §. *Quod si quis*, ejusdem legis 8. in haec verba. *Quod si quis eam rem desierit possidere, cujus dominus, vel is, qui suppositam eam habebat, exceptione triginta, vel quadraginta annorum expulsus est.* ait in usucapio- 76
ne servitutis, seu in ejus acquisitione non acquisita est servitus, textus ad litteram *in l. loci corpus* 4. *ff. si servit. vend.* in haec verba, *loci corpus non est domini ipsius, cui servitus debetur: sed jus eundi habet.* concordat *l. qui duo* 30. *ff. de servitut. rusticorum praediorum* dicens *Qui duo praedia habebat, in unius venditione aquam, quae in fundo nascebatur, et circa eam aquam late decem pedes exceperat, quaesitum est. utrum dominium loci ad eum pertineat, an ut per eum locum accedere possit. Respondit, si ita excepisset, circa eam aquam late decem pedes, iter dumtaxat, videri venditoris esse*, itaut aliquando possit amitti servitus, et proprietas ad suam pristinam libertatem redire, quod non potest evenire in acquisitione dominii praescriptione 30. vel 40. annorum.

Nec obstat fideicommissarium nullo modo praejudicare posse successori sine ejus culpa, quod admitti non debet. Nam respondetur posse successorem in fideicommisso agere contra, vel haeredem gravatum, vel fideicommissarium, cujus negli- 77
gentia fuit acquisita servitus per tertium argumento textus *l. mulier* 22. §. *sed enim si quis rogetur, ff. ad Trebell.* in illis verbis. *Sed si eum distrahere deberet, non fecit, lata culpa, non levi, et rebus suis consueta negligentia, hujusmodi rei rationem reddet. Sed et si aedes exustae sunt culpa ejus, hujus rei, reddet rationem. Quod si sine facto ejus, prolixitate temporis aedes usu acquisitae sint, aequissimum erit nihil eum praestare, cum culpa careat.* et quod ibi eleganter notat *Gloss.* in verbo careat, dicens, *secus si posset ei culpa imputari, quia non interrumpit praescriptionem litis contestatione, quod potuit de jure, cum erat haeres alius secus esset*, et ad probandum suum dictum adducit textum *in l. si quid possessor* 34. §. *sicut autem sumptum, ff. de petition. haered.* in haec verba: *sicut autem sumptum, quem fecit, deducit, ita si facere debuit, nec fecit, culpae ejus reddet rationem: nisi bonae fidei possessor est. Tunc enim, quia quasi suam rem neglexit, nulli que-*

relae subjectus ert ante petitam haereditatem, postea vero, ac ipse praedo est. hoc est quod vult dicere textus iste quia possessor sciens rem possessam post ejus mortem spectare ad successorem in fideicommissodum sciebat rem fideicommisso subjectam praescribi seu usucapi, tenebatur praescriptionem med ante litiscontestatione interrumpere, quod non fecit ex sua negligentia, ideo ratione suae culpae tenetur erga fidejcommissarium, et hoc idem comprobat dictus §. *sed si* supra mox extensus de qua quoque scientia loquitur textus in *leg. sed et si lege,* 28. § *etiam si ante, ff. de petit. haered.* in illis verbis *capit enim scire rem ad se non pertinentem possideri, is qui interpellatur.* Haeres ergo gravatus, vel fidejcommissarius habet scientiam rei, quam possidet, ad successorem spectare vigore testamentariae dispositionis, ideo tenetur de culpa commissa, seu de ejus negligentia, hanc quoque doctrinam probat *Pereg. de fide commiss. artic.* 41. *n.* 18. in haec verba.

78 In secundo autem casu principali; cum haeres gravatus non praebuit causam praescribendi, quia praescriptio incepta sit in vita defuncti: sed negligentia, sua passus fuit rem praescribi, vel actiones haereditarias tempore finiri, praescriptio quidem nocet fidejcommissario substituto, *l. si haeres institutus,* §. *fin. ff. ad Trebell.* cujus haec sunt verba. *Si temporalis actio in haereditate relicta fuerit tempus, quo haeres, expediri ante restitutam haereditatem potuit, imputabitur ei, cui restituta fuerit,* ubi glos. in verbo, *ei,* habet haec verba. *Sed quid si tunc fuit completa praescriptio inter restitutionem. Respond. si fuit negligens supple, scilicet haeres, tenetur ut sup. eadem l. mulier.* § *sed enim in*
79 *fine;* sequitur postea Peregrin. adducendo alium textum *in l. si fundum,* 16. *ff. de fund. dotal.* ubi prohibitio impediens rei alienationem superveniens post praescriptionem inceptam, non facit rem impraescriptibilem, et per illum textum, sic notavit *Bart. in l. fin. c. in quibus caus. in integrum restitutio etc. Bald. in l.* 1. *n.* 19. *c. de servit. fugit. cum aliis adductis ab Antonio Gabriel. in tit. de praescript. conclus.* 13. *n.* 8. *et in Majoratibus. Molin. eod. loco n.* 4. eo eodem caso tenetur haeres fideicommissario de negligentia, *leg. mulier.* §. *sed etiam ff. ad Trebell. Gloss. Bart. Paul.* et alii *per illum textum in d.* §. *final. et est casus in d. l. si fundum declarando, ut ibi,* et si haeres non
80 esset solvendo in subsidium conceditur fideicommissario regressus adversus praescribentem, *l. fin. ff. de eo per quem etc.* in illis verbis. *plane si, is, qui dolo fecit, quo minus judicio sistatur, solvendo non fuerit, aequum erit adversus ipsum reum restitutoriam actionem competere, ne propter datum alienum reus lucrum faciat, actor damno afficiatur* ne ex negligentia haeredis fideicommissarius damnum sentiat. *Paul. Castr. in dict.* §. *fin.* ad quod optimus textus in *l. plane la* 2. 97. §. *qui rogatus, ff. de legat.* 1. *in fin.* haec Peregrinus.

Qui licet loquatur sub illa formula, quando incepta est praescriptio antequam haeres succederet, et sic in vita testatoris, quo in casu res, ut dixit non est impraescriptibilis, non propterea dato etiam caso, quod praescriptio incepisset ab haerede, dicetur talis res impraescriptibilis, nisi quando acquirens haberet causam ab ipsomet haerede, vel a fideicommissario, a testatore onerato. Caeterum in alio praescribente non habente causam ab haerede, non currit illa doctrina ut supra diximus, quia testator non potest prohibere usucapionem, seu praescriptionem a lege inductam ob bonum publicum; et ideo doctrina allata contra haeredem negligentem, debet habere locum non obstante, quod praescriptio incepta fuerit contra haeredem prohibitum alienare, ex doctrina superius allata hac eadem quaestione in versic. sciendum, et successive, ut ibi, et ad ea me remitto.

Nec refert, si dicatur ad acquirendam servitutem requiri scientiam, et patientiam ipsius haeredis, vel fideicommissarii ex quo videtur praescribens causam ab eodem haerede, vel fidejcommissario habere, ergo non poterit suffragari prae-
81 scriptio praescribenti. Nam respondetur nihilominus praescribentem, non habere causam ab haerede, quia haeres non contraxit, nec se obligavit adversus praescribentem, licet sua negligentia permiserit praescribentem acquirere servitus, aut re, aut verbis, aut literis, aut consensu §. *om-*
82 *nium autem instit. tit de obligat.* et ita cessat objectum.

Ampliatur autem nostra conclusio, ut multo magis procedat in praescriptione triginta, vel quadraginta annorum, quo casu non est necessaria scientia, et patientia praescribentis, *l. sicut.* 3. *c. de praescript.* 30. *vel* 40. *annor. in fine* in illis verbis. *Post hanc vero temporis definitionem, nulli movendi ulterius facultatem patere censemus, etiam-* 83
si se legis ignorantia excusare tentaverit. Balb. de praescript. quart. part. principal. quaest. 28. *n.* 1. *et sequent. et Bald. in d. l. sicut. sub n.* 3. licet adversus praescriptionem triginta, vel quadraginta annorum ex capite justae, et probabilis ignorantiae detur restitutio in integrum. *Fusar. de substitut. fideicommissar. quaest.* 528. *n.* 22. *Balb. loco sup. cit. quaest.* 29. *sub n.* 6. *versic. concludo, et successive,* attamen illa habet locum in rebus corporalibus, secus vero in servitutibus, in quibus non agitur de magno praejudicio, sed de modico, quia ut diximus, non acquiritur dominium loci ubi est praescripta, seu acquisita servitus, sed tantum acquiritur jus exempli gratia eundi, agendi etc. et nihil aliud.

QUAESTIO XVI.

An socius in re communi possit servitutem stillicidii permittere, vel illam remittere.

SUMMARIUM

1. Socius in re communi, an possit servitutem stillicidii permittere vel illam remittere, negative respondetur, veruntamen ipse, qui permisit non potest vetare suo jure actam, licet alii adhuc non consenserint.
2. Socius, qui ultimus, et postremus est in cessione servitutis tunc coeteros confirmat, quando cessavit, et si in persone unius socii aliquid interim contingat veluti aliqua mutatio, tunc nihil fit, si autem a pluribus legetur, quid juris hic explicatur, et resolvitur.
3. Socius unus ideo in re communi non potest de se solus servitutem constituere, quia ipse non est dominus totius fundi.
4. Quod commune est, meum non est.
5. Servitus pro parte constitui non potest.
6. In re communi melior est conditio prohibentis.
7. Quod omnes tangit ab omnibus approbari debet.
8. Alteri per alterum non debet iniqua conditio fieri.
9. Constitutio seu cessio servitutis facta ab uno tantum ex sociis ex parte illius adest tantum constitutio personalis, non vero realis, seu juris realis.
10. Cessio servitutis facta ab uno ex sociis, si antequam alii consortii cedant moriatur, licet habeat haeredem, attamen cedentibus aliorum cessione nihil fit, sed requiritur nova cessio haeredis.
11. Fictiones duae non possunt concurrere circa unam, eamdem rem uno eodemque tempore.
12. Fictio debet habere duo extrema, et quae et quando contingit mutatio in non extremo quid agendum.
13. Servitus ab uno tantum ex sociis constituta, videtur stare in pendenti contra juris dispositionem.
14. Ususfructus sine persona esse non potest.
15. Stipulatio pura non potest suspendi.
16. Servitus non videtur posse constitui sine praedio serviente, quomodo haec propositio sit intelligenda vide n. 19. et seqq.
17. Legatum ususfructus licet purum attamen potest stare in suspenso, cum non cedat nisi a die aditae haereditatis.
18. Stipulatione contracta pure statim dies cedere videtur.
19. Substantia stipulationis, vel purae, vel conditionalis non potest stare in suspenso.
20. Haereditas jacens est persona ficta, et incapax ususfructus.
21. Actus eventum pendere possunt ab alieno arbitrio.
22. Ultima voluntas non potest ab alieno pendere arbitrio.
23. Ad stipulationis validitatem semper inspicitur ejus initium.
24. In stipulationibus inspicitur eventus conditionis.
25. Stipulatio secundum Glos. vel continet conditionem intrinsecam, vel extrinsecam, intrinsece facit conditionalem stipulationem, secus extrinseca; et quae sit utraque hic explicatur.
26. Defectus in stipulatione contingens, vel provenit ex parte personae, vel ex parte rei in re, et utroque casu inspicitur stipulationis initium.
27. Defectus ex parte personae tantum in stipulatione facit inspicere conditionis eventum, ut clare hic explicatur.
28. Aptitudo personae, est substantia stipulationis a principio, tam praescribentis quam stipulantis, et ipsius rei.
29. Aptitudo, quod jus reale potest esse inpendenti licet, quod jus personale suum sortiatur effectum.
30. Communicatio fundi respectu servitutum, an induret utrinque servitutis remissionem hic proponitur casus, et responsio est negativa.
31. Servitutes per partes retineri possunt, non autem pro parte remitti, ubi interpretatur *l. si unus ex sociis ut supra citata, ff. de servitut. rustic. praedior.* hic clarius explicatur.
32. Servitus quando pro parte retinetur, per partes an retineatur, referuntur ambae sententiae, scilicet unam pro parte non insolidum, et est gloss. altera insolidum, quam sequitur auctor.
33. Servitutes non recipiunt divisionem.
34. Verbum, *indivisum,* in materia servitutum accipitur insolidum.
35. Jura incorporalia, et corporalia, quae patiuntur divisionem hic explicantur ex doctrina Flurion. de S. Petro in d. l. via, itineris etc. ff. de servitut.
36. Servitus realis debetur fundo non personae.
37. Servitus, quae debetur per plures fundos, si per unum non datur, tamen retinetur, ora per non usum amittitur.

Extat decisio textus *in l. unus* 2. *ff. de servitutibus* in haec 1
verba. *Unus ex dominis communium aedium, servitutem imponere non potest.* Concordat textus *in l. fundum* 11. *ff. de*

servitutibus rusticorum praediorum, ubi ad constituendam servitutem in re communi requiritur consensus omnium. Licet singuli separatim postea consentiant, tamen non constituitur servitus, nisi omnes concurrant; verumtamen illi, qui consenserunt, non possunt prohibere acquirenti, ne servitutis jure uti possit in haec verba. *Per fundum, qui plurium est, jus mihi esse eundi agendi potest separatim cedi: ergo subtili ratione non aliter meum fiat jus, quam si omnes cedant, et novissimae demum cessione superiores omnes confirmabuntur; benignius tamen dicetur, et antequam novissimus cesserit, eos qui antea cessere vetare uti cesso jure non posse.*

Concordat textus *in l. receptum* 19. *ff. communia praediorum*. Ubi magis explicat quomodo unus ex sociis non potest constituere servitutem in re communi, nisi alii socii concurrant, et clarius explicat quomodo debent concurrere, et si omnes concurrant diversis temporibus, quando servitus di-
2 catur constituta, et haec sunt ejus verba. *Receptum est, ut plures domini, et non pariter cedentes servitutes imponant, vel acquirant, attamen, et novissimo actu etiam superiores confirmentur etc. indeque sit atque si eodem tempore omnes cessissent, et ideo si is, qui prius cessit vel defunctus sit, vel alio genere, vel alio modo partem suam alienaverit, post deinde socius cesserit, nihil operetur, cum enim postremus cedit non retro acquiri servitus videtur, sed perinde habetur, atque si postremus cedit omnes cessissent. Igitur rursus hic actus pendebit, donec novus socius cedat. Idem juris est, et si uni ex dominis cedatur, deinde in persona socii aliquid horum acciderit, ergo et ex diverso, si ei, qui non cessit, aliquid eorum contigerit ex integra omnes cedere debebunt. Tantum enim tempus eis remissum est quo dare facere possunt, vel diversis temporibus possint, et ideo non potest uni, vel unus cedere. Idemque dicendum est si unus cedat, alter legat servitutem. Nam si omnes socii legent servitutem, et pariter eorum adeatur haereditas potest diei utile esse legatum, si diversis temporibus inutiliter dies legati cedit. Nec enim sicuti viventium, ita et defunctorum actus suspendi receptum est.*

3 Concordat textus *in l. unus ex sociis* 34. *ff. de servitutibus rusticorum praediorum*, cujus sunt haec verba. *Unus ex sociis fundi communis permittendo jus esse, ire agere, nihil agit. Et ideo si duo praedia, quod mutuo serviebant inter eosdem fuerint communicata (quoniam servitutes per partes retineri placet) ab altero servitus alteri remitti non potest; quamvis enim unusquisque sociorum solus sit, cujus servitus debetur, quoniam tamen non personae, sed praedio debetur, neque acquiri libertas, neque servitus remitti pro parte poterit.*

Ea autem est ratio hujus propositionis, quare unus ex sociis non possit imponere servitutem in fundo communi, nisi omnes consentiant, quia unus socius non est dominus totius rei, sed tantum pro parte *l. Pupillus in fin.* 239. *ff. de verborum significatione* in illis verbis *Verbum, suum embiguum est utrum de toto, aut de parte significet.* Et ideo qui jurat suum non esse, adjicere debet, neque sibi commune esse, et propterea glossa in verbis, *commune esse*, sit quod com-
4 mune est, non est meum per textus in *l. quintus ff. de auro, et argento legato l.* 1. §. *domini appellatione etiam pro parte dominium contineri dicendum est ff. ad senatus consultum Sillanianum*, sed sic est servitus pro parte non potest con-
5 stitui *l. pro parte* 11. *ff. de servitatibus* in illis verbis. *pro parte domini servitutem acquiri non posse, vulgo traditur, l. usus pars.* 20. *ff. de usu, et habitat. ergo etc.*
6 Tum quia in re communi melior est conditio prohibentis *leg. Sabinus* 28. *ff. communi dividundo*, in haec verba. *Sabinus ait in re communi neminem dominorum jure facere, quicquam invito altero posse. Unde manifestum est prohibendi jus esse, in re enim pari potiorem causam esse prohi-*
7 *bentis constat*. Et quod omnes tangit ab omnibus debet approbari, *l. in concedendo ff. de aqua plevia arcenda* in haec verba.

In concedendo jure aquae ducendae non tam eorum, quorum in loco aqua oritur, verum, et eorum, ad quos ejus aquae usus pertinet voluntas exquiritur, et eorum, quibus servitus aquae debebatur: nec immerito, cum minuatur jus eorum, consequens fuit exquiri, an consentiant, et generaliter, sive in corpore, sive in jure loci, ubi aqua oritur, vel in ipsa aqua habeat quis jus voluntatem ejus esse spectandum placet, et per textum in *l. veterum* 5. *c. de auctoritate praestanda*, in fine in illis verbis, *ut quod omnes si-*
militer tangit ab omnibus comprobatur, sive etiam quia alteri per alterum non debet iniqua conditio fieri, *l. non debet* 42. *ff. de regulis juris*. 8

Verum cum in suprascriptis juribus detur forma, seu instructio, quando unus ex sociis constituit servitutem in re communi, si omnes concurrant, licet diversis temporibus dummodo tamen circa rem communem nulla secuta fuerit mutatio, sed remanet in eodem statu, in quo erat tempore constitutae servitutis ab uno ex sociis tantum, novissima cessione omnes cessiones confirmantur, ut notatur *in dicta l. per fundum, et l. receptum.*

Attamen est advertendum, quod si ille socius qui concessit jus servitutis, antequam alii consocii cedant, non potest prohibere acquirenti jure servitutis uti, licet non sit dominus totius rei, et pro hujus veritatis cognitione notandum est in simili concessione, seu cessione duo esse consideranda videlicet, in illa concessione adesse jus personale, et jus reale. In con- 9
cessione unius socii, antequam alii cedant, adest constitutio juris personalis, non autem juris realis, ea ratione, quia unus socius tantum non est dominus totius rei, quod est substantiale requisitum constituendi servitutem, *l. prima ff. communia praediorum*, in illis verbis. *Nemo enim potest servitutem acquirere, vel urbani, vel rustici praedii, nisi qui praedium habet, nec quisquam debere, nisi, qui habet praedium, cum ergo socius non sit dominus totius praedii, ideo non potest constituere jus reale, sed tantum jus personale. Bartolus in dicta l. per fundum sub numero prima ff. de servitutibus rusticorum praediorum.*

Quamobrem si socius, qui primo concessit, vel cessionem fe- 10
cit servitutis, antequam alii cedant, decesserit, licet habeat haeredem, qui repraesentet personam defuncti, non propterea, si socii cedant post ejus mortem constituitur servitus, sed de novo ut valeat, requiritur nova cessio haeredis, ea ratione, quia licet haeres repraesentet personam defuncti, tamen haec repraesentatio procedit ex juris fictione, et quia hic concurrerent duae fictiones, prima est quia haeres fingitur eadem persona cum defuncto. Secunda fictio est respectu consensus ejusdem haeredis, fingitur enim, et ipsum consensisse,
quod de jure admitti non potest, nam duae fictiones uno, 11
et eodem tempore in uno, et eodem subjecto concurrere non possunt. *Ita Bartolus in dicta l. receptum sub n.* 4 *et in puncto, l. prima in codice de dotis promissione. Salicetus, et caeteri scribentes ibidem.*

Pariter haec responsio confirmatur ratione. Nam fictio, quae 12
hic concurrit secundum Bald. duo debet habere extrema habilia, ad hoc ut operari possit. Primum est a quo, secundum ad quem *Bart. loco cit. n.* 4. *et in l. si is pro emptore. ff. de usucapion.* quando contigit mutatio in extremo a quo, actus infirmatur, quia quando ultimus concedit, illud primum extremum jam est inhabile, cum non sit in rerum natura, pervenit ad casum a quo incipere non potest. Extremum vero ad quem, redditur quoque, inhabile ex eo, quod tempore, quo caeteri socii erant habiles, ultimus erat inhabilis, quia non erat dominus tempore, quo fuit facta concessio. *Bart. in leg. si is qui pro tempore n.* 4.

Ergo si de novo requiritur consensus, haeres concedentis non erit obligatus concessionem factam a suo praedecessore servare, ad quod respondetur, quo ad jus reale procedere consequentiam, secus quo ad jus personale, quia semper remanet obligatus. *Bartius dictu l. receptum sub n.* 5.

Idem est dicendum de mutatione facta ex parte aliorum condominorum antequam omnes cedant; quia eadem militant in hoc casu, quae procedunt in superiori *dicta l. si fundum ff. de servitute rusticorum praediorum* sic notat fere omnes scribentes.

Ex huousque dictis colligitur actus viventium posse stare 13
in pendenti. Contra quam propositionem plura videntur obstare, et praecipue contra assertam servitutis constitutionem factam ab una ex sociis per cessionem aliorum, vel per ultimam cessionem caetera confirmari.

Habemus text. *in l. usufr.* 26. *ff. de stipulat. servor.* ubi habetur stipulationem puram suspendi non posse, in haec
verba. *Ususfructus sine persona esse non potest: et ideo ser-* 14
vus haereditarius, inutiliter usumfructum stipulatur, legari autem posse usumfructum dicitur, quia dies ejus non cedit statim, stipulatio autem pura suspendi non potest. 15
Quid ergo si sub conditione stipulatio? neque hoc casu valet stipulatio: quia ex praesenti vires capit stipulatio, quamvis ex ea petitio suspensa.

Urgere ergo videtur valde hic textus contra nostra supe-

vius dicta, et est sensus, sicuti servus haereditarius non pot-
est stipulari usumfructum, quando non est persona, cui
16 acquiratur dominium ususfructus. Ita a paritate rationis ser-
vitus non dicetur imposita, nec praedio dominanti acquisita,
cum non adsit praedium serviens, quod est fundamentum
servitutis. Ideo stipulatio interposita ab uno ex sociis, non
poterit stare in pendenti, cum ab initio non existeret mate-
ria, qua sustineri posset servitutis stipulatio; sed sic est quod
stipulatio pure fuit interposita. Ergo fatendum est amplius
non posse per ultimi concessionem convalidari, et confirmari.

Textus enim affert disparitatem inter legatum ususfructus,
et stipulationem puram. Nam illud legatum valet, quia non
17 statim cedit dies, sed tantum postquam adita fuerit haeredi-
tas *Bart. in dicta l. ususfructus, sub n.* 5. et clarius glossa
ibidem in verbo, *statim*. At in stipulatione pure contracta eo
quod statim ac est contracta, illico etiam cedit dies; hinc cum
18 remaneat in suspenso non deberet valere et talis est stipula-
tio servitutis, de qua loquitur textus *in dicta l. receptum*.
Imo quaevit textus, si stipulatio sub conditione contrahatur,
an valeat, et respondet negative, quia stipulatio illico debet
capere vires, etsi petitio illius suspendatur, ita ut videatur
inferre, etiam si stipulatio illa servitutis sub conditione con-
tracta fuisset, nihilominus esset invalida, quia tempore con-
stitutionis non extabat materia, ubi servitus posset fun-
dari, idest dominus fundi servientis, qui non erat penes
primum concedentem, ideo de praesenti non a futuro eventu
debet stipulatio capere vires.

Pro quorum intelligentia est notandum quod docet Bart.
in eadem l. usufructus in principio, nempe substantiam
stipulationis, vel purae, vel conditionalis non posse stare in
19 suspenso, secus est de legato, quod potest pendere antequam
dies cedat, scilicet ante aditam haereditatem. *Glos. ibidem*
in verbo, *statim*. Quia substantia stipulationis in hoc consi-
stit, veluti in servo stipulante usumfructum, haereditate ja-
cente, cum ususfructus non possit esse sine persona, stipula-
20 tio dicetur, inutilis, et vitiosa. Haereditas enim jacens est per-
sona ficta, et incapax ususfructus, quia est jus personale *dicta
l. ususfructus, et clarius in l. si servus communis* 21. *ff. de
stipulator. servor.* ubi si servus communis stipuletur hoc mo-
do, decem calendis Augusti dare spondes Titio, aut Mevio
dominis meis, uter eorum tunc vivet, cum stipulationis sub-
stantia sit incerta, et impendenti uti debeat acquiri, ideo di-
citur inutilis.

In nostro casu substantia stipulationis non est impendenti,
enim vero qui promisit servitutem, vel qui se ad eam obli-
gavit, habet personam certam, *cui* promisit, quae poterit ser-
vitutem acquirere, licet aliorum confirmatio, vel cessio sit
adhuc impendenti, haec tamen pendentia non habet actum
21 vitiare, cum actus viventium ab alieno arbitrio pendere pos-
sint *Bart. in dicta l. ususfructus sub n.* 6. *per textum in l.
22 si quis arbitratur* 43. *ff. de verborum obligationibus* quod
secus in ultimis voluntatibus, quae non possunt ab alieno ar-
bitrio pendere *l. illa institutio* 32. *ff. de haeredibus insti-
23 tuendis*. Ideo recte dicit Bart. in dicta *l. ususfructus n.* 8.
quoad validitatem stipulationis semper inspici ejus initium.
Nec refert objectio allata *l. si rem meam* 31. *ff. de verborum
24 obligationibus*, ubi inspicitur eventus conditionis. Quia *glos.
25 ibi solvit* dicendo, *duplicem esse conditionem, intrinsecam,
et extrinsecam. Conditio intrinseca potest facere stipulatio-
nem conditionalem, secus vero extrinseca.* Intrinseca dici-
tur illa, quae facit stipulationem committi, veluti cum stipu-
lor rem, quando amplius mea non erit. Extrinseca, ut si Ti-
tius consul erit, promisit mihi dare decem. Sed hoc dictum.
26 nec Bartolo nec mihi placet, ideo aliter respondetur, vel est
defectus personae, vel est defectus ex parte rei in re, et utro-
27 que casu inspicitur initium stipulationis per textum *in l. inter
stipulantem* 83. *§. sacram ff. de verborum obligationibus*,
sed si est defectus ex parte personae, et non ex parte rei tunc
inspicitur conditionis eventus. Sic loquitur *l. si rem meam ff.
de verborum obligationibus*.

Hinc patet dispositionem *leg. receptum*. Habere suam fir-
mitatem; non enim possumus dicere carere materia, supra
quam fundari possit, quia illa non est fundamentum stipula-
28 tionis interpositae; substantia enim in casu de quo agimus a
principio, est aptitudo personae, tam promittentis, quam sti-
pulantis, et ipsius rei, quae aptitudo quo ad jus reale potest
29 esse impendenti, donec caeteri concedant. licet quo ad per-
sonale, suum sortiatur effectum, illico ac est interposita, ex
qua oritur obligatio, et per consequens ejus validitas, cum
adsit persona cui acquiri possit.

Quo vero ad textum *in l. unus ex sociis* jam supra extensa
videlicet casus ex ea figurari potest in hanc speciem, ego ha-
beo praedium meum, tuum vero mihi servitutis viae; meum
vero tibi servit pro servitute aquaeductus; modo contraximus
societatem inter nos, communicando nobiscum utrumque
fundum, ego tibi meum, et tu mihi tuum, insurgit quaestio 30
an per talem communicationem sit remissa utraque servitus.

Resolvit ergo idem Papinianus *in dicta l. unus ex sociis*,
non obstante tali communicatione servitutem durare, neque 31
confundi, ea ratione quia *per partes*, ait textus, *servitutes
retinere placet, et ideo ab altero servitus remitti non po-
test*, sunt enim verba ejusdem textus, et hoc quod dicere
vult, servitus, quae debetur tuo fundo per meum, licet facta
communicatione, meum fiat per communicationem in parte,
non propterea illam remittere possum, neque confunditur;
enim vero fundus meus pro parte est tuus, et habes partem
in qualibet parte; et ego pariter habeo partem in qualibet
parte tui fundi, quae servitutes invicem debebantur; imo te-
xtus ampliat dictum dicendo. *Quamvis enim unusquisque so-
ciorum solus sit, cui servitus debetur, tamen quoniam non
personae sed praedio debetur, neq. acquiri libertas neque
servitus remitti pro parte poterit.* Nempe si unus socius sit,
cujus fundus habebat servitutem activam, ille facta commu-
nicatione neque remittere potest servitutem, et si passivam,
neque libertatem acquirere.

Glossa autem in dicto verbo, placet, ampliat dictum, di-
cendo. *Si enim tu, mihi tuum, et ego tibi meum communi-
cavimus, servitutes retinentur quae invicem debebantur,
sive eodem tempore hanc communicationem faciamus, ut hic
sive diversis temporibus*, ut probat textus *in l. si quis aedes*
39. *§. si partem ff. de servitutib. urbanor. praedior.* qui te-
xtus cum magis declaret, et materiam explicet, non me piget
ejus verba referre. *Si partem praedii nactus sim, quod mi-
hi, aut uni ego serviebam, non confundi servitutem placet:
quia pro parte servitus retinetur. Itaque si praedia mea
praediis tuis serviant, et tu tuorum partem mihi, et ego
meorum partem tradidero, manebit servitus*, et clarius *in
l. ut pomum*, 7. *§. si praedium ff. de servitutib.* ibi *si prae-
dium tuum mihi serviat, sive ego partis praedii tui domi-
nus esse coepero, sive tu mei, per partes quidem servitus re-
tinetur, licet ab initio per partes acquiri non poterat.*

Sed modo non modica difficultas insurgit ex his textibus,
an servitus retineatur per partes an insolidum? Glossa *in di-* 32
cta l. unus ex sociis 34. *in verbo placet in versiculo quidam
ff. de servitutibus rusticor. praediorum*, habet haec verba,
*quidam dicunt insolidum, et hanc literam sic legunt, quo-
niam servitutes retineri placet, scilicet insolidum per partes,
scilicet fundi, quasi dicat occasione partis fundi totaliter
servitus retinetur*, argumento pro eis *infra de diem addi-
ctione leg. quod si uno §. finali. Sed tu dic pro parte tantum
retineri, ut hic dicit, et aperte habet supra de servitutibus
leg. ut pomum §.* 1. *hancque sententiam comprobare vide-
tur Albericus ibidem sub n.* 3. in versiculo, *quaerit glossa*,
dicendo, si committo tibi praedium meum, quod servit tuo
pro parte, quae mihi remanet retinet servitutem, quia pars
tua tibi servire non potest. Sed numquid ipsam servitutem
retinea insolidum super parte mea, vel pro parte tantum di-
cunt quidam, quod propter partem, retinetur in toto. Et ita,
dicunt, quod ratione partis fundi servitus retinetur insoli-
dum in parte, quae est aliena: quia sua sibi servire non pot-
est. Glossa tamen terminat contrarium, scilicet, quod reti-
neatur pro parte aliena tantum, non pro mea mihi servire
non potest, et servit mihi pars aliena pro indiviso, licet ab
initio servitus imponi non posset. imposita tamen retinetur.

Attamen cum *Floriano de S. Petro in eadem lege sub n.*
3. *in versiculo idem tenuit glossa*, quam ipse reprobat in
illis verbis, *sed tu dic. pro parte*. Idem tenuit glossa *in l.* 33
pro parte supra de servitutibus. Quod non est verum, quia
servitus non recipit divisionem *per tex. ad literam in l. via
itineris* 17. *ff. de servitutibus*, in haec verba. *Viae itineris,
actus, aquaeductus. pars in obligationem deduci non potest,
quia usus eorum indivisus est. Et ideo si stipulator decesse-
rit pluribus haeredibus relictis, singuli insolidum viam pe-
tunt. Et si promissor decesserit pluribus haeredibus reli-
ctis, a singulis haeredibus solida petitio est.* Ita idem venit
dicendum in praesenti casu, licet enim socius pro sua parte,
quae illi contingit in communione ei servire non possit, at-
tamen pro ea, quae est aliena, servire potest, et ita illa ser-
vitus, quae pro illa parte competit, competit insolidum, non
autem pro parte, et mihi ridiculum videtur dicere, quod pro

parte competat pro indiviso. Enim vero verbum istud *pro indiviso*, deducitur ex servitute, quae est individua de sui na-
34 tura, ut probat *l. via itineris etc.* ita ut sit solummodo mutatio verborum, nam pro indiviso in materia, de qua qua agimus accipitur in solidum, quia non potest quis servitute uti pro parte, et pro partu non, sed tota uti debet, ad cujus declarationem recte faciunt sapienter adducta a *d. Floriano a S. Petra in d. l. viu itineris*, quae eum doctissime explicent hanc materiam non me piget hic ad literam referre, dicendo.

35 *Nota ergo regulam, quod usus servitutis est individuus. In hoc autem attende, quod est duplex divisio, una naturalis alia civilis. Naturalis est illu, quae in sola separatione rei consummatur infra de leg.* 3o. *l. signi in principio, et infru communi etc. et firm. regum. per totum ff. etc. et talem separationem recipiunt, ue dum inanimato corpora, immo etiam animata per separationem membrorum a corpore, ut c. de ser. fug. l. si fugitivi, et auth. ibi positu, et infra de relig. l. cum in diversis. Quandoque tomen odeo res talis est. quod non patiatur hanc divisionem, ut puta in puncto. Civilis autem oliu potest appellori juridica. Puta inter nudam proprietatem, et usumfructum. Et istam recipiunt omnes res corporales, excepto hominu libero, in quo nec proprietas, nec ususfructus cadit, licet eadat praestatio operarum, et homagiorum: similiter cadit in rubus, quae consumuntur usufructu; quia non est dare ibi usumfructum u proprietate divisum, vel separotum, ut patet in toto tit. du usufruc. ea. re. quae usu consu.*

Alia est divisiu quotitutiva. puto per uncias, vel per alias partes; et istu similiter cadit in omnibus rebus corporeis, ut infra de verborum significatione l. uomen filiarum ∂. portionis, et inst. de haered. insti. ∂. haereditas, et infra eodem in l. servum ∂. haereditatis. In incorporalibus autem, ut in act. et oblig. dic, quod secundum uaturam istae sunt individuae; quia nec viduri, nec tangi possunt. Sed secundum juris ordinationem dicuntur dividuae, vel individuae secundum naturam earum rerum, quae in obligationem deducuntur leg. eadum ∂. eato de verb. oblig.

Item adverte, quod in quolibet servitute praediuli debent considerari quatuor, scilicet fundus serviens, et dominans, et instrumentum, quo quis utitur servituu; et tempus quo quis utitur respectu fundi servientis, ut dominantis; et hoc respectu dicuntur individuae, quia non potest quis ire pro parte, vel pro parte uti, vel aquam ducere pro parte illius fundi pro diviso supra eo. l. pro parte. Respectu vero instrumenti, quo utor servitute, si illad sit individuum, ut est homo, vel jumentum, quo quis utitur servitute; quia non potest una pars hominis ire sinu alia; vel etiom jumenti; ista utiam dicitur individua isto respectu. Sed si sit dividuum, ut in servitute aquaeductus, quae dividitur, quo ad commoditatem, isto respectu dicitur dividua, licet ipsum jus servitutis, omnino sit individuum, ut hic, respectu tamen temporis posset dici dividuo; quia omnis servitutis commoditas posset dividi. Supra eo l. via ∂. 1. *Remanunt tumen individuae, quo ad alios effectus. Divisio ergo oquae, instrumenti, vel tempore non dividit servitutem: sed potius dicitur eam modificare supra eo, l. quorta ∂. finoli, nec obstat praedictis, si dicatur, diviso ust proprie, quando fit pro diviso, ut in tit. fam. her. et in tit. commoda. Sed ad certom partem pro diviso servitus potest constitui; et remitti tam respectu fundi dominantis, quam servientis supra col. ad certam, et l. si cui, et commun. praed. l. qui per certum. Ergo omni respectu servitus videtur judicando dividua; quia responde, quod licet fundus dividutur, quaelibet tamen pars pro indiviso potest dici unus fundus, et cuilibet parti pro diviso deberi integra servitus; quia debetur fundo, non parti l. si quis duas ∂. si quis partem, commun. praedi. Et si dicatur si remittitur certa pars; ergo dividitur. Responde, quod tunc dicitur potius modificari supra eodum l.* 4. *∂. modum, dicitur enim esse servitus toto in toto, et tota in qualibet partu fundi, infra tit. secundo l. viae constitui ∂. finali. Et supra eodem l. pro parte.*

Concludit postea *Idem Florianus in d. l. unus, sub d. n.* 3. *Item quia hic textus satis innuit accipi sociorum totam deberi. Item alio ratione, quia si deberetur cuilibet pro parte, ergo quilibet posset remittere jus suum, et sic partem per l. si quis in conscribendo, c. de pact. et idem tenet Bart. in d. l. unus et in d. l. pro partu;* sequitur removendo quamdem objectionem dicendo. *Nec obstat, si dicatur, si cuilibet deberetur in solidum: ergo quilibet potest remittere du novo, l. si rem*
∂. si duo, et notatur in leg. si unus in princip. supra de pa- 36
ctis. Quia potest responderi, quod non debetur personae, sed fundo, et per eum fundum personu; cuilibet ergo parti fundi debetur insolidum, l. una est via supra eodem, cujus tenor ita est. *Una est via, etsi per plures fundos imponatur, cum una servitus sit. Denique quaeritur, si per unum fundum iero, per alium non per tantum tempus, quanto servitus amittitur, on retineam servitutem? Eo magis est, ut*
aut tota amittatur, aut tota retineatur. Ideoque si nullo 37
usus sum totu omittitur. si vero uno, tota servatur. Idem habetur *in l. si stillicidii ∂ is, qui partem ff. quemodmodum servitutes omittantur* ibi. *Is, qui partem itineris it, totum jus usurpare videtur, et ex l. sequenti* ibi, *si in partem agri aquo influxit, etiam si non ad ultimo loca pervenit, omnibus tamen partibus usurpatur*, quinimo ex eodem titulo *in l. si communem* in haec verba, *si communem fundum ego, et pupillus haberemus. licet uterque non uteretur, tamen propter pupillum, et ego viam retineo. Sed in qualibet particula quis habet socium; ergo in uno parte non potest unus solus omittere, vel acquirere servitutem;* et hoc est, quod voluit iste textus *haec ille.*

Ex quibus aperte constat servitutem competere insolidum, etiam si pro parte retineatur, ea ratione, quia servitus est individua, et praecipue attento exemplo *dictae legis si communem*, nam quia servitus insolidum competit, nedum socio, sed etiam pupillo, licet enim socius quautum ad se amiserit servitutem propter non usum, attamen quia servitus est individua, quia pupillus propter non usum non potest amittere servitutem, ideoque propter pupillum socius retinet servitutem, quod secus esset dicendum, si solum retineretur pro indiviso.

QUAESTIO XVII.

At servitus stillicidii possit oltius elevari postquam fuit acquisita, vel deprimi per dominantem.

SUMMARIUM.

1. Stillicidium quid sit.
2. Stillicidium dicitur a stiria idest stilla, gutta frigore concreta.
3. Stillicidium duobus modis accipi potest, scilicet primo modo stillicidium. Secundo flumen. Primum vere est stillicidium. Secundum est, quod continue fluit, ut hic.
4. Stillicidium inferius dimitti non potest quia fit gravior.
5. Stillicidium, quod dicitur flumen regulariter vocatur tubo, per quam aqua pluvialis tamquam per canalem ducitur, ut hic explicatur.
6. Dominans an possit servitutem stillicidii elevare, et videtur negative respondendum secundum eliquos.
7. Ventus aquam ex alto cadentem in alium locum praeter destinatum posset dirigere, quod non videtur permittendum.
8. Dominans potest elevare altius servitutem stillicidii, nec serviens potest illum impedire rationibus, ut hic etiam, ei stillicidium fuerit perfecte constructum.
9. Servitus stillicidii inferius dimitti non potest, quia servitus fit gravior.
10. Stillicidium retro quoque duci potest.
11. Stillicidium produci non potest, ne in alio loco cadat.
12. Dominans leniorem potest facere servitutem stillicidii.
13. L. servitutes 19. § si antea, ff. de servitut. urban. praedior. prohibens stillicidium ex regula cadens non posse mutari in tabulatum, declaratur quando habeat locum.
14. Dictum cujusdam doctoris incogniti loquentis contra dictum Pauli in d. l. servitutes. 19. § si antea, et § stillicidium redarguitur.
15. Servitus stillicidii non amittitur, licet aedificium serviens fuerit destructum, vel ejus paries elevatus.
16. Servitus ususfructus aedificio sublato perit.
17. Dominus serviens, si aedificium directum altius tollerit si lapsum sit tempus legitimum ad amittendam servitutem, dominans illam amittet.
18. Praescriptio servitutum urbanarum, ut amittantur, requiritur factum domini servientis secus in rusticis.

Antequam accedamus ad resolutionem quaestionis. prius 1
adducenda est definitio stillicidii quam adhuc non adduximus. Stillicidium ergo est jus, quo vicinus potest aquam, quae de coelo venit, et supra tectum suum cadit, avertere in
tectum, et aedes vicini, sive derivare. Dicitur stillicidium 2
a Stiria, ut probat *Sextus Festus lib.* 17. idest stilla, gutta frigore concreta docet Wesembec. *od lib.* 8. *ff. lit.* 2. *ff. de servitut urb. praed. n.* 6. stillicidium ergo duobus modis
accipi potest, primo dicitur stillicidium, secundo modo di- 3
citur flumen, primum dicitur vere stillicidium, quia guttatim cadit, flumen vero est omnia aqua, quae continue fluit, ut cum pluvia perpetuo rigore, continuoque ductu per canales decurrit *ait Verro lib. de lingua latina*, proqua plu-

via aqua hic flumen accipitur pro ut etiam dicit Paulus in
l. servitutes 19 §. stillicidium in versiculo inferius dimitti
4 non potest, quia fit gravior servitus, idest pro stillicidio
flumen ff. de servitutibus urbanorum praediorum. Hinc, qui
habet jus avertendi in aream vicini, aut tectum stillicidii
acquisivit, sive, ut in eo cadat, sive ut per illud tubis ducatur,
hoc unum est, hoc fieri non posse, nisi habeat servitutem,
ut probat tex. in leg. si vitem 21. §. si quis projectum
ff. quod vi, aut clam. ibi, si quis protectum, aut stillicidium
in sepulcrum immiserit, etiam si ipsum monumentum
non tangeret, recte cum eo agi. Quod in sepulcro vi, aut
clam factum sit, quia sepulcri sit non solum is locus, qui
recipiat humationem, sed omne etiam supra id coeptum,
eoque etiam nomine sepulcri violati agi posse. Et hoc ideo
procedit, quia non docuit de servitute. Et stillicidium,
5 quod proprie dicitur flumen, regulariter vocatur tuba, per
quam aquae pluviales descendentes ex tecto in unum locum
congregantur, et per fistulam quandoque in pariete
infixam, vel aliunde divertuntur, vel in locum vicini derivantur.
Quibus positis accedamus modo ad resolutionem
6 quaestionis.

Et videbatur dicendum, non posse dominantem altius elevare
stillicidium, quia si elevetur aqua fortius cadet ex alto,
quam ex loco depresso, ea ratione, quia si ex alto cadit,
ventus potest dirigere aquam in aliam partem areae, vel te-
7 cti, ita ut si dominus serviens vellet aedificare, vel in suo
tecto, vel in area, ratione venti majorem occupat locum, et
dilatatur in area, si enim in tecto caderet, non occuparet
majorem locum, et liberum esset servienti aedificare in area
dimisso loco solito, ubi solet cadere stillicidium, et ideo si
altius elevetur stillicidium; deterior fieret conditio servientis,
sive etiam impediret facultatem eundi per aream, quod
non debet admitti, quod secus esset, si ex loco depresso caderet.

Sive etiam quia si paries, seu murus, super quo est tectum,
seu stillicidium, esset communis, quanto aqua altius
cadit propter vim ventorum, tanto magis indirecte cadit, hinc
aqua saepe discurreret per parietem, sive murum, et ipsum
corrumperet, idcirco videtur per elevationem magis deteriorari
conditionem servientis. quam si deprimeretur stillicidium.
Quibus tamen non obstantibus.

Nostra est conclusio. Dominantem posse altius elevare stillicidium,
nec serviens potest illum impedire, licet stillicidium
fuerint in suo esse perfecte constitutum. Probat tex.
extra dentes in l. servitutes 19. §. stillicidium, ff. de servi-
8 tutibus urban. praed. in haec verba. Stillicidium quoquo
modo acquisitum sit, altius tolli potest: et reddit rationem
dicendo, levior enim fit eo pacto servitus: cum quod ex alto
cadit, levius cadat, et interdum direptum, nec perveniat
ad locum servientem.

Limitat modo hanc nostram conclusionem idem tex. inferius
dimitti non posse dicendo. Inferius dimitti non potest,
quia fit gravior servitus, idest pro stillicidio flumen.

Ampliat autem nostram conclusionem dicendo: eo de cau-
9 sa retroduci quoque potest stillicidium, quia in nostro magis
incipiat cadere.

Limitat vero conclusionem, stillicidium non posse produci
10 in haec verba. Produci non potest, ne alio loco cadat stillicidium
quam in quo imposita servitus est. Reddit postea
rationem generalem dicendo. Lenius facere poterimus, nerius
11 non. Et omnino favendum est, meliorem vicini conditionem
fieri posse, deteriorem non posse, nisi aliquid nominatim
in servitute imponenda immutatum fuerit.

Nec obstat §. ut si antea in eadem lege, et titulo dicendo.
Si antea ex tegula casitaverit stillicidium, postea ex tabulato,
vel ex alia materia casitare non potest. Per quae verba
videtur tolli facultas dominanti quoquo modo mutandi stilli-
13 cidium. Nam respondetur illud procedere quotiescumque fieret
deterior conditio servientis, alias, si nullum damnum
patiatur, licitum erit dominanti stillicidium mutare in tabulatum,
ex regula, quod tibi non nocet, et alteri prodest
concedendum est, l. in summa 2. §. item Varus, ait in fine
ff. de aqua pluvia arcendo in illis verbis, si velim agere
restituere, in agro ejus, quod fructum quidem mihi prodesse
poterit, ipsi autem nihil nociturum est, hoc aequitas suggerit,
etiam si jure deficiamur, et ita etiam tenet glossa in
verbis non potest, dicendo, si ex ea materia gravatus casitaverit.

14 Ad id quod dicit doct. ille famosus relatus a Cepol. loco
supra citato. In primis dicendum, est digitum ponere vo-
luisse in coelum contra ea, quae dicit Paulus in dicta l. servitutes
19. §. si antea, et §. stillicidium ff. de serv. urb.
praed. qui maturius scripsit, quando aqua ex alto casitat,
non casitare ita violenter, prout casitaret aliquod pondus
grave, quo in casu quanto altior est occasio, tanto fortior est
descensus, et magis damnum affert, quod secus est in aqua,
quae quanto altior cadit, tanto magis sparsim cadit, et vix
demonstrari poterit ejusdem casitatio ratione venti, qui dilatam
aquam dispergit, et ita male locutus videtur dictus
auctor.

Amplianda etiam est haec nostra conclusio, ut habeat locum,
etiam si paries domini servientis fuerit elevatus, etiam
si canale amplius non possit reponi in unum locum, per
quem erat solitum casitare, ut nihilominus stillicidium duret,
et non amittatur servitus ad formam. tex. in l. servitutes
19. §. si sublatum. ff. de servitutib. urbanor. praediór.
in haec verba. Si sublatum sit aedificium, ex quo stillici- 15
dium cadit, ut in eadem specie, et qualitate reponatur,
utilitas exigit, ut idem intelligatur, nam alioquin, si quis
strictius interpraetetur, aliud est, quod sequenti loco ponitur,
et ideo sublata aedificio, ususfructus interit, quam-
vis area pars sit aedificii. Hoc est quod pertinet ad jura ser- 16
vitutum realium licet aedificium sit destructum, et iterum
reaedificatum, non propterea amittitur servitus, quod secus
esset dicendum de servitutibus personalibus, quae destructo
aedificio amittuntur, licet iterum reaedificetur, ita eleganter
explicat Bartolus in dicto §. si sublatum.

Verum si agatur de domina dominante tunc si ejus aedi-
ficium fuerit dirutum, et postea restauratum, si serviens al- 17
tius extulerit suum aedificium, et steterit per legitimum
tempus in reponendo stillicidium, et serviens altius extulerit
aedificium suum, si steterit per decennium inter praesentes,
et vicennium inter absentes dominus dominans amittet
servitutem, et serviens acquiret libertatem, eo quod
concurrant omnia necessaria ad amittendam servitutem, quae
requiruntur in amittenda servitute urbana ad formam textus
l. haec autem 5. ff. de servitut. urban. praed. nempe servi- 18
tutes rusticorum praediorum amittuntur sine aliqua opere
domini servientis. In amissione vero urbanorum praediorum
requiritur opus domini servientis ad formam dictae leg.
haec autem jura, cujus haec sunt verba. Haec autem jura
similiter, ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore
non utendo, pereunt: nisi quod haec dissimilitudo est,
quod non omnimodo pereunt non utendo; sed ita si vicinus
simul libertatem usucapiat: veluti si aedes tuae aedibus
meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum
aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras
meas praefixas habuero, vel obstruxero: ita demum jus
meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas
habueris: alioquin si nihil novi feceris retineo servitutem,
item si tigni immissi aedes tuae servitutem debeant,
et ego exemero tignum, ita demum amitto jus meum, si tu
foramen unde exemptum est tignum, obturaveris, et per
constitutum tempus ita habueris, alioquin si nihil novi feceris,
integrum jus meum permanet.

QUAESTIO XVIII.

An vendens domum, quae subjacet alicui servituti sive stillicidii, sive alterius servitutis, teneatur illam specificare, an vero sufficiat si generaliter, vel universaliter dicat, quod vendit rem cum suis oneribus aut, cum omni sua causa, vel aliis similibus causis.

SUMMARIUM.

1. Vendens, aliquod aliud praedium, quod subjacet alicui servituti dicens per verba generalia, cum suis oneribus, aut cum omni sua causa, an dicatur exprimere servitutem, cui subjacet vide n. 7.
2. Verba generalia sunt generaliter intelligenda.
3. Verba universalia omnia includunt.
4. Qui omne dicit nihil excludit.
5. Verba generalia nihil relinquunt intactum alias universalitas falsa redderetur.
6. Verba universalia affirmativa omnes casus includunt.
7. Venditor vendens rem subjectam servituti illam tenetur exprimere, non obstante illa clausula, cum suis oneribus, vel cum omni sua causa, et hoc ratione doli, quia illa clausula refertur ad ea, quae venditor ignoravit, non ad ea, quae sciebat, et specifice exprimere debuerat.

8. Venditor sciens rei onus, et tacens praesumitur, id facere animo circumveniendi emptorem, et hoc procedit nedum in rebus mobilibus sed etiam in immobilibus.
9. Venditor dicens, se vendere jus tantum, quod habet, non excusatur, si sciebat rem esse feudalem, et ut latius per alia exempla ampliatur dictum.

1 Certum est quotiescumque verba sunt ita generalia, apta includere quaecumque jura, videtur dicendum, venditorem expressisse omnia, et quaecumque onera, quibus subjacet proprietas vendita, ea ratione, quia verba generalia sunt ge-
2 neraliter intelligenda *l. primo §. quod autem ff. de aleatoribus. l. si servitus ff. de servitutib. urbanor. praediorum*,
3 scilicet, quia verba universalia omnia includunt, nam, qui omne dicit nihil excludit, *Augustinus Barbosa de dictio-*
4 *nibus dictione, omnis n.* 16. *l. hoc articulo ff. de haeredibus instituendis, et in l. finali ff. de penu. legato*. verba enim generalia nihil relinquunt intactum, ut notat *Baldus in consilio* 305. *verba principis in principio libro primo*, alias universalitas falsa redderetur ut notat *Cardinul. Tusc.*
5 *litera V. conclusion.* 121. *n.* 1. *et seq.* ideirco venditor exprimens, aut vendens rem cum suis oneribus, vel cum omni sua causa, satis videtur expressisse onus servitutis, si quae ei imposita sit, et praecipue per verba universalia affirmati-
6 tiva, quae omnes casus includunt *l. a procuratore* 13. *c. mandati e. solute de majoritate, et obedientia*, et ideo idem debent operari, ac si mentio specialis de omnibus facta fuisset *Gratian. discept. forens.* 990. *lib.* 15. et ita videbatur dicendum sufficere expressionem servitutis in genere, scilicet per verba generalia, licet non specificetur servitus. Quibus non tamen obstantibus.

7 Nostra conclusio est, quando agitur de servitute, data scientia ipsius venditoris, rem per eum venditam esse subjectam alicui servituti, illam teneri specificare per text. *in l. tenetur* 6. *§. si cum venditor ff. de actionibus empti, et venditi* in haec verba. *Si cum venditor sciens obligatum, aut alienum vendidisset, adjectum sit eo nomine, quid praestaret, aestimari opportet dolum malum ejus, quem semper abesse opportet in judicio empti, eo quod bonae fidei sit*, et per text. *in l. quaero* 40. *ff.* eodem *titulo de actionibus empti, et venditi. Quaero si quis fundum, ita vendiderit, ut id venandatum esse videatur, quod intra terminos ipse possedit, sciens tamen aliquam partem certam se non possidere, non certioraverit emptorem: an exempto judicio teneatur, eam haec generalis adjectio ad ea, quae specialiter novit, qui vendidit, nec excepit. pertinere non debeat? ne alioquin emptor capiatur, qui fortasse si hoc cognovisset, vel empturus non esset, vel minoris empturus esset, si certioratus de certo loco fuisset, cum hoc, et apud veteres sit relatum in ejus persona, qui sic exceperat servitutes, si quae debentur, debebuntur, etenim juris auctores responderunt, si certus venditor quibusdam personis, certas servitutes deberi non admonuisset emptorem, ex empto eum teneri debere, quod haec generalis exceptio, non ad ea pertinere debent, quae venditor novit, quaeque specialiter recipere, et potuit, et debuit, sed ad ea, quae ignoraverit, et de quibus emptorem certiorare nequivit. Haerenius Modestinus respondit, si quid circumveniendi emptoris causa, venditor in specie, de quo quaeritur, fecit, exempto actione conveniri posse.* Idem probat Surdus *decis.* 146. *n.* 6. 7. ubi
8 venditor sciens, et tacens praesumitur circumveniendi animo tacuisse. et procedit etiam non solum in venditione rei mobilis, sed etiam immobilis *ex Alexandro, ut ibi*, et tantum importat illa scientia, quod, et si dicat venditor, se vendere solum jus, quod habet, non excusatur, si cum sciret, rem esse feudalem, non expressit, imo *n.* 8. sit, quod talis scientia operatur, nam, et si ignorans venditor non teneatur, quando expressit nolle teneri pro aliquo vitio, tamen sciens non liberatur, *et n.* 9. declarat hoc procedere, quando expressit per verba generalia aliud autem esset dicendum, quando sincere sine involucro vel negatione, vel simulatione dixit, nolle teneri de certo aliquo vitio, quia tunc non tenetur; secus autem si venditor sciret, tenetur, sine involucro distincte emptorem praemonere, alias tenetur, ac si nihil dixisset *idem probat Surd. n.* 12. *Idem probat Cynus in l. si non simpliciter c. de aedibit. actionibus Bald. ibidem n.* 4. *Salicet. in d. l. si non simpliciter* qua propter quaeri potest, an generalis exceptio servitutis sufficiat, et ideo sit.

QUAESTIO XIX.

An excipiens servitutem generaliter, et nulla expressa servitute sufficiat ad inducendam servitutem.

SUMMARIUM

1. Venditor excipiens servitutem in genere, non expressa servitute in specie an adimpleverit suam obligationem pro servitute inducenda.
2. Servitutis species est exprimenda, nec sufficit expressio illa generalis rem venditam servire.
3. Jussus patris generalis factus filio ad adeundam haereditatem non est sufficiens, sed requiritur jussus specialis.
4. Scriptor testamenti, si scribat in eo testatorem sibi fecisse legatum, quod testamentum a testatore fuit subscriptum generaliter approbando contenta in eo non valet, tamen scriptor non patet.
5. Praescriptio, quando interrumpitur per libellum non exprimentem causam petitionis, seu ex quae conventus est remanet actori obligatus, etiam si debitae pecuniae sint ex diversis causis, hic plenarie explicatur ad formam textus in l. fin. c. de annali exceptione cum explicatione Brunemen. ibidem.
6. Creditor unico libello potest convenire suum debitorem actionibus, specie, et numero diversis, sibi obligatum.
7. Venditor in venditione dicens, aedes fore servas, necesse non habet liberas tradere, quare vel aedibus suis eas servas facere potest, vel vicino concedere servitutem.
8. Venditor in venditione tenetur exprimere servitutis speciem, nec sufficit generalis expressio.
9. Venditor si in venditione, et eui traditione dicat servas fore esse aedes, liberat se a servitute passiva, ne conveniatur postea ab emptore pro quanti minoris; non autem ad constituendam de novo servitutem, et ita illa clausula servas fore esse aedes refertur ad servitutem jam in praeterito constitutam, non vero in futuro constituendam, et ita concordantur inter se l. si in venditione 7. l. in tradendis 8. et l. quicquid ff. comm. praedior.
10. Verba quando habent duplicem intellectum, quae secundum unum valent, et secundum alium non valent, sunt intelligenda secundum eum, qui valet.
11. Glossa in verbo, *debeat*, in l. in tradendis, ff. communi praedior. concordatur ex doctrina Brunemen.
12. Favendum est ei, qui agit de damno vitando non ei, qui de lucro capiendo.
13. In venditione interpretatio regulariter loquendo fit contra venditorem, quando venditor esset in lucro.

Paulus in *l. in tradendis* 8. *ff. communia praediorum*, te- 1
net exprimendam esse servitutis speciem in haec verba. *In tradendis unis aedibus ab eo, qui binas habet, species servitutis exprimenda est: ne si generaliter servire dictum erit, aut nihil valeat, (quia incertum est, quae servitus excepta sit) aut omnis servitus imponi debeat*: ubi glossa in verbo *debeat* proponit hanc eamdem quaestionem. dicendo. *Sed quid erit horum? quando non fuit specificata? quidam quod sit nulla, probant hoc argumento, ex l. duo sunt* 30. *ff. de testamentaria tutela*, cujus haec sunt verba. *Duo sunt Titii, pater et filius, datus est tutor Titius, nec apparet de*
quo sensit testator. Quaero quid juris sit? Respondit. Is 2
datus est, quem dare se testator sensit. Si id non apparet, non jus deficit, sed probatio, igitur neuter est tutor, et per *text. in l. eum ex pluribus* 32. *ff. de manumissis testamento*, per haec verba.

Cum ex pluribus eodem nomine servis, unus liber esse jussus, non appareat, quis sit, nullus liber est.

Sicuti, et qui generaliter jussus est, non valet hujusmodi 3
jussio, ut probat *text. in l. si quis* 25. *§. sed utrum ff. de acquirenda, vel omittenda haereditate*, ubi jussus patris, vel domini, generalis non suffragatur ad adeundam haereditatem, haec sunt verba. *Sed utrum generaliter quaecumque tibi haereditas fuerit delata, an specialiter? Et magis placet, ut Cajus Cassius scripsit*, specialiter debere mandari.

Pariter probatur per *text. in l. Divus Claudius*, 15. *§. plane ff. ad l. Corneliam de Falsariis*, ubi si scriptor testamenti sibi scribat legatum, et testator in sua subscriptione non dixerit sua voluntate fuisse scriptum illud legatum in specie, sed tantum subscripserit generaliter omnia confirmando, quae in eo testamento sunt scripta, legatum non debetur, non tamen punitur, tutius tamen erit petere veniam a principe cujus haec sunt verba.

Plane constitutionibus principalibus cavetur, ut si testa- 4
tor specialiter subscriptione sua declaraverit se dictasse servo alicujus, ut domino ejus legatum ab haeredibus suis daretur: id valere, nec generalem subscriptionem testatoris valere adversus senatus consulti auctoritatem: et ideo legatum pro non scripto habendum: et ei, qui etiam sibi legatum adscripsit veniam dari. Ego tutius esse puto veniam ab imperatore petendum.

Glossa autem aliter sentit in dicto verbo debeat in versi-

culo quidam dicendo: *quidam hoc, quod omnis videatur excepta scilicet habilis*, itaut (ait Glossa.) videatur excepta omnis servitus quae erit habilis ad quod probandum adducit text. *in l. finali cod. de annali exceptione, in §. sancimus* in haec verba. *Sancimus itaque nullum in judiciis imposterum locum habere talem confusionem sed qui obnoxium suum in judicium proclamaverit, et libellum conventionis ei transmiserit, licet generaliter nullius causae mentionem habentem, vel unius. quidem specialiter, tantummodo autem personales actiones, vel hypothecarias continentem, nihilominus videri jus suum omne eum judicium deduxisse, et esse interrupta temporum curricula: cum contra desides homines, et sui juris contemptores odiosae exceptiones oppositae sunt.*

5 *Quoni l. seu §. Brun.* pulcherrime explicat ibidem in haec verba. Tres casus videlicet debet quis mihi decem ex mutuo. et alia decem ex testamento, ego peto decem generaliter non addito, an ex testamento, vel mutuo petam. Quaeritur *an ratione utriusque debiti interrupta sit praescriptio?* Quod hic constituit imperator ex ea forte ratione quod possessor sibi imputare debeat, quod non petierit libelli declarationem: sed diversum esse putant, si dissimiles sint qualitates. Secundus casus: debes mihi centum, et obligas mihi praedium tuum, quaeritur, *an si agam ad illa centum actione hypothecaria praescriptio sit interrupta?* videtur quod non: quia sunt diversae actiones sed Aff. quia hypothecaria est alterius accessoria, ergo conservata personali actione, etiam haec conservatur per *regul. vulg.* quod accessorium sequatur suum principale. 3. casus: teneris mihi ex pluribus causis ad diversas quantitates, sed ego generalem propono libellum te esse mihi obligatum, nec exprimo causam, vel quantitatem, *an omnium istorum obligationum praescriptio sit interrupta?* Aff. quia potuisses de libello inepto excipere, sed id non facis, et ita litem contestatis, nec ego hoc casu deses, et ociosus dici possum Colligunt DD. *ex hac lege* generalem petitionem sufficere ad interrumpendam praescriptionem in omnibus. quae sub illa generalitate comprehendi possunt, et licet talis libellus non debeat procedere antequam declaretur, tamen quantum ad interrumpendam praescriptionem, sufficit *Petr. de Ravenna sing.* 24. imo etiam libellus generalis obscurus, et incertus sufficit, et procedit parte non opponente, et potest libellus in processu ex actis praesertim ex probationibus declarari, Maranta *in speculo parte* 6. *tit. de libell. oblat. n.* 22 Gail. *lib.* 1. *obs.* 62. *n.* 11. *et obs.* 64. *n.* 7. *et obs.* 66. *n.* 6. Scaccia *de jud. lib.* 1. *cap.* 50. *n.* 13. et qui allegat Hilliger *in Donellum lib.* 23. *cap.* 4. *lit. D. pag. mihi* 1047. confirmat Gerardus de Petr. Sancta *fin.* 9. 4. ubi de
6 hoc disputat. Colligitur etiam creditorem unum eumdemque debitorem, actionibus, specie, et numero diversis sibi obligatum unico libello convenire posse. *Hic et l.* 52. §. 12. *ff. pro socio, et simil.* Carpzov. *p.* 1. *constit.* 2. *deffin.* 4. *n.* 2.

Ne mireris si huc posui doctrinam Brunemani, quia effectus est, ad magis eruendam veritatem contra *gloss.* quae fundatur in dicta lege, tenendo contrarium *dictae l. in tradendis*, et hanc suam opinionem comprobat per text. *in l. si in venditione* 7. *ff. communia praediorum* in haec verba.

7 *Si in venditione, quis dixerit, servas fore aedes, quas vendit, necesse non habet liberas tradere, quare, vel suis aedibus eas servas facere potest, vel vicino concedere servitutem, scilicet ante traditionem* Ex quo jure intendit probare generalem exceptionem servitutis sufficere, ad eximendum venditorem, ne postea molestetur ratione servitutis impositae rei emptae. Quicquid dicat *glos.* *qui textus inferius explicabitur, igitur sit.*

8 Nostra conclusio in venditione esprimendam esse speciem servitutis ad formam *dictae legis in tradendis; ne si generaliter* (sunt verba textus) *servire dictum erit, aut nihil valeat (quia incertum est, quae servitus excepta sit) aut omnis servitus imponi debeat* Concordat. text. *in l quicquid* 11. *ff. communia praedior.* in haec verba. *Quicquid venditor servitutis nomine sibi recipere vult, nominatim recipi oportet. Nam illa generalis. Exceptio quibus est servitus, ut ita sit ad extraneos pertinet: nec ipsi venditori proficit ad jure ejus conservando: nullam enim habuit, quia nemo ipse sibi servitutem debet. Quin imo et si debita fuisset servitus, deinde dominium rei servientis pervenisset ad me consequenter diceretur extingui servitutem.* Hocque comprobat. *l. quicquid* 99. *ff. de verborum obligationibus*, in haec verba. *Quicquid adstringendae obligationis causa dictum est id nisi palam verbis exprimatur. omissum esse intelligendum est: aut certe secundum promissorem interpretamur; quia stipulatori liberum fuit verba late concipere.*

Ratio autem, quare sit esprimenda species servitutis, est 9
quia illa generalitas, seu illud pactum generale est valde obscurum, et generat incertitudinem, quae reddere potest pactum illud inutile, prout notat Castrensis *in l. si in venditione* 7. in versiculo *et vide est in primo casu specificare speciem servitutis, ne ex nimia generalitate dicta exceptio reddatur dubia de validitate*, maxime quia potest includere omnes species servitutis, veluti si agatur de praediis urbanis, ut unum alteri serviat, tunc potest concorrere in eo casu servitus stillicidii, altius tollendi, vel non tollendi, ne luminibus officiatur; idcirco distinguendo tempora concordantur scripturae, quapropter, quando venditor generaliter dixit in venditione, *servas fore aedes*, illa interpretatio est facienda favore venditoris, si inveniatur aedes vendita fore serva, ut venditor non teneatur quanti minoris emptori, et ita hujusmodi pactum, seu exceptio venit interpretanda de servitute jam in praeterito constituta. non vero de constituenda, et itaetiam venit intelligenda dicta *leg. si in venditione*, videlicet, ut ea loquatur de constituenda servitute in futurum per verba expressa, non autem de praeterito, et hoc ad effectum, ut dicta *lex si in venditione* concordaretur *cum l. in tradendis proxime sequenti;* alias inter se pugnarent. Et quando generaliter tantum fuisset dictum, *servas fore aedes*, illa generalitas intelligenda venit conditionaliter, scilicet si aderit aliqua servitus, quae generalis exceptio non est sufficiens ad constituendam noviter servitutem, nisi ut diximus in nostra conclusione specialiter exprimatur species servitutis ad formam *tex. in d. l. in tradendis*, et ita loquuntur omnes interpretes *Castrensis in dicto l. in venditione, Albericus in d. l. in tradendis Florian. de S. Petro.*

Hoc autem magis comprobatur alia ratione, generalitatem illam solummodo sufficere ad liberandum venditorem, qui dixit servas fore aedes, ut teneatur quanti minoris emptori, non autem, ut possit praetendere in futurum novam servitutis constitutionem, ratione deducta *ex d. l. quicquid adstringendae*, interpretationem esse faciendam contra stipulatorem, scilicet venditorem, qui legem potuit dicere clarius, et esprimere, quod volebat, quod non expressit, ideo sibi imputandum; nam sufficit emptori dictam generalem exceptionem non esse superfluam, sed habere suum effectum, ut verificetur in uno casu tantum ad salvandam superfluitatem illorum verborum, cum aliquid operentur ex parte ipsius venditoris, non autem, ut extendatur ad constituendam novam servitutem in futurum; hoc enim est, quod debuerat exprimere venditor, et non expressit, ergo sibi imputandum; et hoc dictum est secundum Florianum *in d. l. in tradendis n.* 2. *in versiculo. nota hic*, in haec verba; *quando verba habent duplicem intellectum, et secundum* 10
unum valet dispositio, cui verba sunt adjecta secundum verbo alium vitiatur, debet intelligi hic intellectus, secundum quem valet, l. quoties, et ibi notat, de verborum oblig. et sic valebit haec servitus; quod ergo dicit, quod interpretatio debet fieri contra proferentem, est verum, quando secundum utriusque intellectum potest valere: sed si potest valere secundum intellectum unius tantum, tunc illius intellectus servatur. Quod nota bene, ad leg. veteribus de pac. et l. labeo de contrahen. empti.

Et ita non adversantur ea, quae dixit *glos. in dicta l. in* 11
tradendis in verbo debeat una *cum doctrina Brunemani*, quia casus ab eis allati discrepant a nostro casu, de quo agimus. Imo ait Brunemanus, si quis sit debitor ex causa mutui in quinquaginta, et centum ex testamento, si fiat generalis petitio sufficit ad praescriptionem interrumpendam, si generalis fuit petitio, et non fuit expressa causa pro qua conventus conveniebatur, tunc si adversarius non petat exprimi causas debiti in libello illud erit sufficiens ad praescriptionis interruptionem. Cum autem emptor opponat obscuritatem pacti contra venditorem, et dicat, tale pactum verificari, ne venditor teneatur manutenere rem venditam liberam, statim venditor est exclusus a praetensione constituendi servitutem in futurum, et haec est disparitas.

Sicuti et adest alia disparitas in doctrina *glos.* et Brunemani, quia in interruptione praescriptionis favore generaliter petentis, quia ibi agitur de damno evitando, videlicet ne dominus crediti amittat rem suam, quo in casu favendum est 12
ei, qui agit de damno evitando, non vero ei, qui agit de lucro captando, et ita, si venditor ratione illius generalis exceptionis praetenderat novam servitutis constitutionem, vel

aliquam imponere, ageret de lucro captando, et emptor de damno evitando, ideo favendum est potius emptori, quam venditori, *l. non debet* 42. § *in re obscura ff. de reg. juris,*
13 *ubi Decius, Giphanius, et Cagnolus,* maxime quia regulariter loquendo in venditione interpretatio sit contra venditorem, quando venditor esset in lucro, et emptor in damno, *l. in contrahenda* 133. *ff. de eodem, in l. veteribus* 40. et ita apparet de omnia disparitate dicti casus. *d. l. fin. c. de annali exceptione,* et inter nostrum casum. Quapropter ut res clara appareret, adducere volui doctrinam Brunemani deductam *ex eadem l. fin.*

QUAESTIO XX.

An quis possit acquirere servitutem ducendi aquam ad irrigandu propria bona ex stillicidio alterius.

SUMMARIUM

1. Aquaeductus servitus, an possit ex alieno stillicidio acquiri.
2. Qui usus est per tempus longissimum aqua mei stillicidii ad irrigunda sua bona acquisierit servitutem, ne dominus stillicidii aquam exinde casitantem aliunde divertere possit.
3. Qui per longissimum tempus aqua mei stillicidii usus est ad sua bona irriganda, nullo facto opere in fundo domini stillicidii, nullum servitutis jus acquisivit.
4. Divertens aquam, quae ex vicini fundo defluebat in suum, vel etiam in suum parietem, non potest a te molestari etiam si intervenisset cautio damni infecti ratione aedificii.
5. Quilibet est moderator, et rei suae arbiter, et in fundo facere potest totum, quidquid ei lubet.
6. Praescriptio nunquam currit in facultativis, nisi praecedat inhibitio, et postea subsequatur acquiescentia per decennium.
7. Stillicidium, de quo controvertitur dicitur facultativum, quia non probatur aliquod opus factum in fundo stillicidii.
8. Aquaeductus servitus non acquiritur in fundo domini stillicidii, etiam si opus quidem fecerit, sed in alieno fundo, non autem in fundo stillicidii.
9. Opus factum in proprio fundo non potest dici factum jure servitutis, quia res sua sibi non servit.
10. Opus pariter factum in alieno fundo, sed non in fundo ubi aqua erumpit, qui est domini aquae, pariter non inducit servitutem in fundo domini aquae, sed tantum quoad eum in quo opus fecit.
11. Dominus aquae scaturientis in proprio fundo, licet quis usus fuerit per mille annos nullo opere manufacto in fundo aquae, aliunde poterit illam divertere.
12. Servitus sine opere manufacto acquiritur in fundo alieno, si intercedat inhibitio cum acquiescentia, et lapsu decennii, vel etiam quando ea non intervenisset, tamen intraret aemulatio, de qua infra num. 13.
13. Aemulatio plurimum potest in materia stillicidii, quae limitat liberum arbitrium domini fundi faciendi quidquid ei libuisset.
14. Aemulatio probatur, quoties aquam divertens nullam sentiret utilitatem.
15. Utilitas publica praevalet privatae.
16. Nihil tectius sature populo, nihil seditiosius jejuno.
17. Principis interest homines habere divites.
18. Infans sine lacte crescere non potest.
19. Civitas sine agris, et fructibus populo abondare, et crescere nequit.
20. Principis interest civitates habere populatas.
21. Dominus aquam divertens ad aemulationem licet cogi possit, illam concedere indigenti, attamen venit solvenda, cum non teneatur gratiam facere de suo alteri.

1 Pro intelligentia quaestionis casus sic figuratur. Quis habet stillicidium proveniens ex suis tectis, casitans in proprio fundo. Vicinus usus est tali aqua proveniente ex dicto stillicidio per longum tempus. Imo etiam ultra memoriam hominum, qua aqua utebatur ad irriganda propria bona, eam ducendo
2 per praedium alienum, imo etiam subtus viam publicam. Tractu temporis dominus stillicidii aquam casitantem ex eo illam ducere voluit in propriam aream, seu in foveam ubi projicitur letamen bellvarum ad marcescendum pro stercorandis suis praediis, conquestus est utens tali stillicidio se esse in quasi possessione utendi dicta aqua, et non potuisse dominum stillicidii aliunde illam divertere in praejudicium ejusdem utentis tali stillicidio per longissimum tempus. Quaeritur quid juris?

Pro resolutione quaestionis foedere distinctionis venit re-
3 solvenda ad veritatem eruendam. Vel utens dicta aqua ex stillicidio casitante nullum fecit opus in fundo domini stillicidii. Et eo in casu licet etiam per mille annos usus fuerit tali aqua nihilominus nullum jus acquisivit, et per consequens, nec servitutem aquaeductus, nec quasi possessionem manutenibilem, hoc probatur ex *l. Proculus* 26. *ff. de damno infecto;* cujus haec sunt verba, *Proculus ait: cum quis jure, quid in suo faceret quamvis promisisset damni infecti vicino, non tamen eum teneri ea stipulatione: veluti si juxta mea aedificia, eaque jure tuo altius tollas, aut si in vicino tuo agro cuniculo, vel fossa aquam meam avoces. Quamvis enim et hic aquam mihi abducas, et illic luminibus offeias, tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere, scilicet quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur, multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur. Mihi videtur vera esse Proculi sententia.* Et ex *l. si in meo,* 21. *ff. de aqua pluvia, arcenda,* in haec formalia verba: *si in meo fundo aqua erumpat, quae ex tuo fundo venas habent, si eas venas incideris,* 4
et ob id desierit ad me aqua pervenire, tu non videris vim fecisse, si nulla servitus mihi eo nomine debita fuerit: nec interdicto, quod vi, aut clam, teneris. Hanc eamdem sententiam sequitur. *Caepol. de servitut. rusticor. praedior. cap.* 4. *n.* 53. *versic. secundo casu. Paris. cons.* 113. *n.* 29. *et cons.* 114. *n.* 19. *volum.* 1. *Roland. cons* 53. *n.* 26. *volum.* 2. *Bursat. consil.* 41. *n.* 12. *et* 20. *Berei. consil.* 44. *n.* 7. *Morot. consil.* 8. *n.* 3. *Idem Paris. consil.* 129. *n.* 2. *volum.* 4. *Hypolit. Riminald. consil.* 24. *n.* 1. *et sequ. vol.* 1. *Menoch. cons.* 447. *n.* 41. *Albo cons.* 229. *n.* 23. *Thesaur. decis.* 245. *n.* 3. *Rot. Rom. part.* 2. *diversor. decis.* 164. *n.* 1.

Probatur autem ratione quia cum sit in facultate domini stillicidii illud divertendi ubi magis placuerit, unusquisque enim potest in suo fundo facere quidquid ei lubet, nec res sua 5
sibi servit *leg. in re mandata, cod. mandati Cyriac. controvers. forens.* 310. *n.* 159. et videnda sunt quae scripsimus *lib. prim. c.* 4. *quaest.* 6. *n.* 8. *et seq.* In facultativis autem nun- 6
quam currit praescriptio, nisi praecedat inhibitio cum acquiescentia per lapsum decennii *Rot. Roman. diversor. decis.* 297. *sub. n.* 4. *et* 5. *parte* 2. *Gregor. XV.* 162. *n.* 16. *Posth. de manutenend. observat.* 53. *n.* 28. et quod hujusmodi stillicidium, jure facultativo casitaret probatur, quia non demon- 7
stratur ex adverso aliquod opus factum in fundo domini stillicidii.

Ampliatur haec nostra propositio procedere etiam si utens 8
aqua stillicidii aliquod opus fecisset in alieno fundo, non tamen in fundo domini stillicidii, nam contra eum nullam acquirit servitutem, sed tantum contra eum in cujus fundo fecit opus manufactum, quia quo ad eum tantum acquirit servitutem. Ad quorum comprobationem adducemus distinctionem, quam attulimus *lib.* 1. *de aquaeducta capit.* 7. *quaest.* 4. *n.* 30. et quia valde juvant in materia acquirendi servitutem. Ideo eadem huc repeto, cum possit contingere in regione aliqua, ubi non adsit aqua, et per consequens ibi non pervenisse dictum *l.* 1. *de aquaeductu* in haec verba.

Vel illud opus non est factum in fundo vicini, videlicet in fundo domini aquae scaturientis, et tunc, aut illud opus est factum in suo fundo, et hoc ei nihil juvat; nam nunquam 9
poterit dici illud factum esse jure servitutis, cum sit factum in proprio fundo, cum res sua sibi non inserviat l. in re communi ff de servit. urbanor. praedior. enim vero quilibet in suo fundo facere potest, quod sibi lubet notat Cyriac. controvers, *forens.* 310. *n.* 159.

Aut illud opus factum est quidem in alieno fundo exempli gratia tres sunt fundi in primo superiori adest aqua scaturiens, deinde transit natura sua per secundum, sed secundus vicinus non utitur tali aqua, sed est tertius vicinus, qui habet tertium fundum, et iste opus fecit in secundo fundo, ad aquam scaturientem ducendam, et tunc investigari posset, an si per longum tempus aquam hujusmodi duxerit, acquisierit jus domino aquae scaturientis prohibendi, ne illam aliunde divertat, et tunc pariter dicendum est, hunc habere solum 10
servitutem a secundo domino secundi fundi non a priori; ita ut si iste secundus vellet aquam scaturientem, quae per tuum fundum transit, aliunde divertere non posset. Caeterum quo ad primum fundum nullam servitutem acquisivit; cum nullum opus fecerit in eo, per quod demonstraretur jus servitutis acquisivisse. Ita loquuntur DD. per nos superius citati, et etiam illi, quos citavimus in capit. 4. *quaest.* 6. *sub n.* 7. *usque ad n.* 8. *et in terminis magis declarat hoc dictum Aymon. de antiquit. tempor. supra cit. cum suis verbis Riminald. jun cons.* 86. *n.* 3. *vol.* 1. *Cyriac. controv. forens.* 310. *n.* 160. *et dicto quaest.* 6. *ubi sub n.* 14. *fecimus hanc illationem, si vicinus in suo fundo fecisset Molendinum, etiam aperiendo ripas naturalis rivi ex longo usu aquae naturaliter defluentis facti, nihilominus non haberet jus servitutis: et facultatem prohibendi domino superiori, ne aquam hujusmodi aliunde diverteret. Si ergo vicino immediate capienti aquam scaturientem in suo fundo sine aliquo opere manufacto in fundo superiori, ubi*

oqua erumpit, nullum jus competit, neque istud jus poterit
competere vicino inferiori copienti aquam ob altero vicino
superiori; regula enim est generalis, neminem plus juris
in alium transferre posse, quam in se habet l. nemo 55. ff.
regul. jur. capit. oemo 6. de regul. jur. in 6. l. traditio ff.
de acquirendo rerum domin. cap. nuper. de donat. inter
vir. et uxor. Et nemo dat quod non habet. c. quomodo 41.
distin. 4. l. si filius 14. c. de donat. l. 2. c. de poen. l. uni-
ca c. qui pro sua jurisdict. c. nulla ratio distinc. 62. et haec
quo ad primum membrum distinctionis principalis, modo
accedamus od secundum.
11 Videlicet, vel non constat de uliquo opere manufacto, et
tunc dicimus cum secunda sententiu affirmativa, dominum
aquae scoturientis in sua fundo etiam si per mille annos ad
inferiores influxerit suo naturali cursu, posse aliunde eam
divertere. Ex DD. pro dicta sententia superius addurtis,
nec aquae cursus per tale tempus potest oliqaam inducere
praescriptionem, aut consuetudinem, quia cum aqua sit res
inanimata, non potest nobis aliquid acquirere, vel per prae-
scriptionem, vel consuetudinem, uisi prius praecedat oli-
quod hominis factum. Cancer. variar. resolut port. 3. cap.
4. de servitat. n. 242. ubi plures alios adducit. Et licet haec
loquantur de aquaeductu uihilominus ex directu militaut
etiam in eliis servitotibus.
Hinc applicando activa passivis idem venit dicendum in
praeseoti quaestione, si aliquod opus fuerit factum iu alieno
fundo praeter quam io fundo ubi adest stillicidium contra
dominom stillicidii nullum jus acquirit, sed tootum contra
eos in quorum praediis fecit opus maoufactum, nisi ut supra
12 dixiraus etiam nullo facto opere manufacto. Sed patiente do-
mino stillicidii, et sciente postquam dominans inhibuit ser-
vienti ne aliunde diverteret tale stillicidium, et acquieverit
per decennium etiam si noo interveniat opus manufactum
nihilominus acquirit servitutem juxta doctrinam per nos al-
latam dicto libro primo cap. 4. quaest. 6. n. 15. in haec ver-
ba. Non desunt tamen remedia etiam in hoc casu, ut quis
possit ucquirere jus utendi tali oquo jure servitutis. Nempe
si duo concurrant, quorum primum est. prohibitio facta do-
mino aquae, ne illam oliunde divertat. Secundum est patien-
tiu ejusdem domini post factam prohibitionem acquiescendo
prohibitioni, et permittendo, prohibentem uti tali aqua his
duobus concurrentibus, acquiritur pariter jus servitutis.
Glos. magistralis in l. 1. in princip. c. de servitat. et aqua,
Bartol. in l. si prius 150. in opposit. versic. nec obstat. ff.
de oper. nov. enunt. Cassaneus in consuetud. Burgund. Ru-
bric. sit §. 2. n. 9. et seq. Guid. Pap. quaest. 631. n. 13.
Jason. in l. quominus n. 31. et 62. ff. de flumin. Bertrand.
consil. 329. vol. 2. n. 4. Caphal. cons. 130. n. 6. Nicol.
Bellon. consil. 1. n. 15. et cons. 8. n. 15. Cravet. cons. 111.
n. 22. Licet ergo quis steterit per mille onnos, in diverten-
dis aquis ad sui placitum. ottamen si post illad tempus vel-
let uliunde divertere, nisi a praetendente doceatur de tali-
bus requisitis, scilicet de prohibitione, et patientia cum
acquiescientia adversorii, poterit uon obstante tali tempo-
ris fluxu, cui moluerit concedere, et sunt haec valde no-
tondo, et menti tenendu.
Quare licet quis usus fuerit etiam per mille annos hujos-
modi stillicidio oon probato opere manufacto iu fundo stilli-
cidii, vel uoo probatis illis duobus reqoisitis, ut supra enun-
ciatis, nun erit ablata facultas domino stillicidii illud aliuode
divertendi ad sui placitum, et ubi megis illi erit proficuum,
et sic reoianet solutum secundum membrum distinctionis, si
in fundu stillicidii fecisset opus manufactum, vel concurris-
sent illa duo reqoisita, scientia, et patientia cum inhibitio-
ne, et acquiescientia, utique fuisset acquisitom jus servitu-
tis, elias nec aliter oec alio modo, qui usus fuerit tali stilli-
cidio etiam per tempus immemorabile uullum jus acquisivisset.
Si vero tale stillicidiom non casitaverit iu fundo domini
stillicidii, sed in alieno fundo scilicet vicino, tunc pariter quis
uti non poterit hujusmodi stillicidio in vicino fundo casitan-
te, nisi quoque accedat consensus, vel iotervenial opus ma-
nufactum, vel concurrant illa duo requisita ut supra, etiam
si ultra hominum memoria usus fuerit aqua stillicidii; oihi-
lominus non acquirit servitutem, neque aliqoam quasi pos-
sessionem, se manuteneudi in tali quasi possessione, ea ratio-
ne, quia hoc jus est facultativum domino vicioi fundi tuties,
et quoties illi placuerit, divertendi aquam casitantem ex stil-
licidio ad soi placitum.
Limitanda tamen est haec nostra propositio, quoties tam
13 in uno, quam in altero domino, et stillicidii, et vicini fundi
concurreret aemulatio ad eum finem, qui utebatur hujosmo-
di aqua stillicidii, ut ea privaretur, quia io materia servitu-
tum plurimum valet, et potest. ut notat Jason. in l. quo mi-
nus n. 22. et 23. ff. de fluminibus. Alexander cons. 174. n.
4. lib. 2. Caepol. de servit. urbanor. praedior. capit. 72.
sub n. 2. iu fin. Bertrand. consil. 333. n. 1. in princip. vol.
3. Gratian. discept. forens. cap. 572. n. 53. hoc enim funda-
mento tollitur regula, quemlibet in suo facere posse. quod
ei placuerit quando intrat aemulatio. Et judex ex officio in
iis casibus poterit providere, ue quis re sua male utatur. Hoc
enim interest reipub. probat Justinianus in §. sed et major.
Institutionum titulo de his qui sui, vel alieni juris sunt ibi.
Expedit enim reipub. ne sua re quis male utatur. Ita ut si 14
talis aqua ex stillicidio casitans deperderetur sine utilitate do-
mini stillicidii ratione publicae utilitatis tunc posset cogi il-
lam concedere ei, qui utilitatem sentire potest, nam publica
utilitas in hoc versatur, ut civitates fructibus fiant copiosio- 15
res, ut magis civitates hominibus repleantur respectu anno-
nae, ut diffuse scripsit Tiberius Decianus in tractatu rerum 16
criminalium lib. 7. cap. 22. ubi refert vulgatum lemma. Nil
laetius saturo populo, nil seditiosius jeiuno, et famelico. 17
Tum etiam quia, quod principis, vel reipublicae interest
homines habere divites, probat. Castrensis cons. 125. sub
n. 1. versic. sed certe de isto praejudicio et Vitruvios lib.
2. de architectura in princip. in versic. ut enim natus, ha-
bet haec verba. Ut enim uatus, infans sine nutricis lacte 18
oon potest tali, neque od vitoe crescentis gradus perduci, 19
hinc civitas sine ogris, et eorum fructibus in maenibas af-
fluentibus, non potest crescere, nec sine abundatia cibi fre-
quentiam habere, populumque sine copia tueri. Ex quibus
colligitur, agros uberiores, feracioresque reddere, et bonum
publicum respicere, et quo magis civitas, alimentis, fructi-
bus, ac ciberiis affluit, eo magis redditur hominibus ac po- 20
pulo copiosa, quod principis summopere interest, statum ha-
bere, ac regnum populatum? Et hec est quod dicit Justinia-
nos imperator iu suo c. l. unica §. penult. de caducis tol-
lend. io haec verba. Tantum etenim nobis superest clemen-
tiae, quod scientes etiam fiscum nostrum ultimum ad ca-
ducorum vendicationem vocari: tamen nec illi percipimus
nec Augustum privilegium exercemus, sed quod communi-
ter omnibus prodest, hoc rei privatae nostrae utilitati prae-
ferendam esse censemus, nostrum esse proprium subjectorum
commodum imperialiter existimontes. Sed clarius hoc di-
ctum Vitruvii probat Adrianus in l. 1. ff. de portion. quae
liber. etc. ubi habentur haec verba, videlicet in §. fraudis
autem, versic. sed et Divus Adrianus, in haec verba, sen-
tentiam rescripsit. Fuvorabilem apud me causom liberorum
Albini, filiorum numerus facit. Cum ampliori imperium
hominum adjectione potius, quam pecuniarum copia ma-
lim. Ideoque illi paterno sua concedi volo, quae monifesta-
bunt tot possessores, etiam si ucceperint universa.
Declaranda tamen est haec propositio, licet enim dominus 21
stillicidii non possit uti dicta aqua, quia est illi superflua,
cum non habeat uude illam divertere possit ad sui benefi-
ciom. Attamen licet possit cogi, illam concedere indigenti
non propterea gratis illam concedere tenetur, sed pretium
solvere debet. Eleganter Ripa in dictu l. quo minus n. 84.
usque ad 88. et per textum in l. si quis sepulcrum, ff. de
religionis, et sumptibus funerum, et ibi nec creditores, c.
de novationibus, et quod adnotavimus lib. 1. de aquaeductu
cap. 7. quaest. 7. sub n. 12. et 13. et ad ibi dicta me remit-
to, et hoc fit ad aemulationem quando nec tibi prodest, et
alteri nocet, per text. in lib. 1. §. denique Marcellus ff. de
uqua pluvia arcend. in haec verba. Denique Marcellus scri-
psit, cum eo, qui in suo fundo fodiens. vicini fontem aver-
terit, nihil posse agi, nec de dolo actione. Et sane non de-
bet habere, si non animo uocendi vicino, sed suum agrum
meliorem faciendi, id fecit. Et in eadem lib. §. sed, et si
quis arore, et serere, possit etiom sine sulcis aquariis, te-
neri eum. si qaid ex his fecerit, licet ugri colendi causa
videatur fecisse.

QUAESTIO XXI.

An habens stillicidium sibi debitum, si aedificium corruat, amittat survitutem stillicidii.

SUMMARIUM

1. Aedificium quod habet stillicidium si corruat, et de novo reaedifice-
tur, retinet nihilominus stillicidii servitutem, si in eadem specie
reponatur.

2. Jura realia destructo aedificio eoque readificato non emittuntur, secus est in personalibus.
3. Ususfructus alicujus domus si corruat extinguitur.
4. Aedificium, quando dici possit in eadem specie restitutum.
5. Plus et minus non variant speciem, neque ejus substantiam.
6. Utens servitute plus debito, illam non amittit.
7. Stillicidium potest altius elevari, non autem deprimi, produci non potest, retroduci potest.
8. Conditio domini fundi servientis potest quidem fieri levior, non vero deterior.
9. Dominans, qui ampliavit aedificiem plus debito, seu illud non est constructum in eadem specie unum de duobus tenetur facere, vel adaequare istud veteri vel mutare servitutem stillicidii, quia est contra pactum.
10. Pacta quae non sunt contra bonos mores, vel leges sunt servanda.
11. Habens servitutem diurnam aquae ducendae, si ea utatur nocturnae vel e contra servitutem amittit diurnam, vel e contra.

1 Haec quaestio duplicem potest habere sensum, primus est videlicet, si aedificium, cui debetur servitus activa, corruat, an censeatur amissum stillicidium, et casus iste est planus, nam ex *l. servitutes.* 19. *§. si sublatum, ff. de servitut. urbanor. praedior.* ubi expresse habetur, jura realia non amitti, licet fundus, seu domus fuerit destructa, ita probat *Bart. in dicto §.* verba autem textus haec sunt. *Si sublatum sit aedificium, ex quo stillicidium cadit, at in eadem specie, et qualitate reponatur, utilitas exigit, ut idem intelligatur.* Restituitur enim servitus stillicidii refecto, vel restaurato aedificio, hoc
2 autem, ut diximus, habet locum in servitutibus realibus, quod secus est in servitutibus personalibus, nam sublata ae-
3 dificio ejus ususfructus personae debitus evanescit, licet iterum restauretur aedificium, probat idem text. *in dicto §. si sublatum*, haec sunt verba. *Nam alioquin (si quis strictius interpretetur) aliud est, quod sequenti loco ponitur, et ideo sublato aedificio ususfructus interit, quamquam area pars sit aedificii*, nam servitutes personales extincta persona, extinguentur et ipsae.

Difficultas autem est, per illa verba superius extensa, vi-
4 *delicet, ut in eadem specie, et qualitate reponatur.* Quando dici nequeat aedificium in eadem specie, et qualitate repositum.

Demus enim casum aedificium restauratum esse majoris longitudinis, vel etiam alterius constructionis, an tale aedificium restitutum censeatur in eadem specie, et qualitate.

5 Certum est in jure plus, et minus non variare speciem, neque ejus substantiam per text. *in lib.* 51. *is cui* 11. *ff. quem-*
6 *admodum servit. amittantur*, ubi qui utitur servitute plus debito, servitutem retinet, haec sunt ejus verba. *Si is, cui via, vel actus debebatur, ut vehiculi certo genere uteretur alio genere fuerit usus, videamus ne amiserit servitutem, et alia sit ejus conditio, qui amplius oneris quam licuit, vexerit magisque hic plus, quam aliud egisse videatur. Sicuti si latiore itinere usus sit, aut si plura jumenta egerit, quam licuit: aut aquae immiscuerit aliam. Ideoque in omnibus istis quaestionibus servitus quidem non amittitur, non autem conceditur plus, quam pactum est in servitute habere.* Hoc idem videtur tenere *Cepola de servitut. urbanor. praedior. cap.* 18. *sub n.* 6. *versic. quod autem dixi*, in illis verbis. *Secus si habeat in plus vel minus.* Et ita sensus ejusdem videtur esse, ut si aedificium fuerit majoris altitudinis vel longitudinis, et sit majoris quantitatis non propterea dicetur illud aedificium diversum in substantia, seu in specie, et qualitate, et ita quoties non fuerit mutata species, vel qualitas semper dicetur idem aedificium.

Quoties aedificium elapsum est majoris altitudinis, vel latitudinis, vel longitudinis, videtur dicendum servitutem duriorem reddi contra text. *in eadem l. servitutes* 19. *§. si antea versic. stillicidium*, in haec verba. *Stillicidium quoquo-*
7 *modo acquisitum sit altius tolli potest: levior enim fit eo pacto servitus: cum quod ex alto cadit, levius cadat, et interdum direptum, nec perveniat ad locum servientem. Inferius dimitti non potest, quia fit gravior servitus idest pro stillicidio flumen. Ea de causa retroduci quoque potest stillicidium, quia in nostro magis incipiet cadere: produci non potest, ne alio loco cadat stillicidium, quam in quo imposita servitus est. Lenius facere poterimus, acrius non. Et*
8 *omnino faciendum est meliorem vicini conditionem fieri posse, deteriorem non posse, nisi aliquid nominatim in servitute imponenda immutatum fuerit.* Licet ergo sit majoris altitudinis, vel longitudinis non tamen mutat speciem, vel qualitatem, sed tantum reddit duriorem conditionem fundi servientis.

9 Quare dicendum est, vel dominantem teneri reducere idem aedificium ad pristinam formam, vel invito serviente, dominantem non posse amplius uti tali servitute, quia est contra conventionem. Ait enim Praetor *in l. juris gentium* 8. *§.*
Praetor ait ff. de pactis pacta conventa, quae neque dolo 10
malo, neque adversus leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta, decreta principum, neque quo fraus cuiquam eorum fiat facta erunt, servato. Cum ergo sic pacto convenerit, ut fundus serviens sustineat servitutem stillicidii in ea latitudine, et longitudine, in qua reperiebatur fundus dominans, in ea forma erit retinendum, vel reducendum, in qua erat ante refectionem, alias domino servienti dandum erit inhibitorium contra dominantem ne tali servitute utatur contra formam conventionis. Hinc amissio servitutis supradicti stillicidii, non proveniet a jure, sed a culpa ipsius dominantis ea ratione; et dicit *text. in l. si is cui, ff. quemadmodum servit. amittantur.* Non enim utitur alia servitute, sed plus tantum utitur, quod non variat speciem. Aliud autem erit dicendum in utenda servitute quae erat diurna, et ea uti vult nocturna, quo in casu amittitur servitus diurna *tex. ad literam in l. si communem* 10. *§. si is ff. quemad. servitutes amittantur*, in
in haec verba. *Si is, qui aquam nocturnam habet interdiu*
per constitutum ad amissionem tempus usus non fuerit, ami- 11
sit nocturnam servitutem, qua usus non est. Idem est in eo, qui certis horis aquaeductum habens aliis usus fuit, nec ulla parte earum usus est. Sed potest esse quaestio quid si aedificium, vel dominans, vel serviens fuerit destructum, seu dirutum in eo statu permanserit per spatium longi temporis decem, vel viginti annorum, an censeatur praescripta servitus stillicidii tam activa, quam passiva, et ideo sit.

QUAESTIO XXII.

An servitus stillicidii per decennium, vel vicennium amittatur, si dirutum aedificium sive dominans sive serviens intra tale tempus non fuerit restitutum, nec reaedificatum.

SUMMARIUM

1. Servitus stillicidii an amittatur, si dominans, vel serviens dirutum aedificium non fuerit reaedificatum per decennium.
2. Habens clusam in flumine publico non navigabili, si aquarum impetu destruatur, et in eo statu permanserit per spatium 40. annorum, an amiserit jus illam restaurandi.
3. Servitutes urbanae non amittuntur per non usum, nisi interveniat factum praescribentis, etiam si lapsum sit tempus a lege statutum.
4. Factum, quod requiritur in acquirenda libertate servitutis urbanae duplex est, naturale, et accidentale, et artificiosum, licet non interveniat artificiosum, tamen sufficit naturale, et accidentale.
5. Dominus non restaurans suum aedificium dirutum per decennium censetur illud habere pro derelicto, et tunc dominus serviens acquirit libertatem sui fundi.
6. Res a suo domino habita pro derelicta, non transit in dominium alterius, nisi possessa fuerit.
7. Res quando dici possit haberi pro derelicta.
8. Servitus usu retinetur, nec interest per quem utatur, si ab alio ejus nomine utatur.
9. Servitus per non usum amittitur decennio inter praesentes, et vicennio inter absentes.
10. Dominantem quando putare possumus habere rem pro derelicta, tunc illam praescribere possumus, etiam si ignoremus a quo fuerit derelicta.
11. Praescribens libertatem habet pro se juris praesumptionem ex d. l. sicut 13. s. de servit. et aqua praecipue cum agatur de modico praejudicio.
12. Praesumptionem habens pro se, sufficit ad transferendum onus probandi contrarium in adversarium, praecipue quia res revertitur ad pristinam libertatem naturalem.
13. Quaelibet res praesumitur libera nisi probetur serva.
14. Servitutes urbanae, ut medio praescriptionis tollantur, requiritur factum hominis.
15. Tignum licet fuerit diruptum, dummodo foramen non fuerit obturatum, nihilominus durat, jus servitutis.
16. Actus positivus in praescribendo contra servitutes urbanas non videtur necessarius per d. leg. sicut 13. c. de servitut. et aqua, tamen auctor se remittit, non improbando regulam requiri actum positivum, ut his.
17. Dictio, *omnis*, omnia includit, et nihil excludit.
18. Geminatio actus, vel verborum plurimum potest.
19. Praescriptio non currit cum mala fide.
20. Praescriptio secundum Bart. in l. sequitur 4. §. quod si viam, ff. de usucapionibus est duplex; prima quae causatur a possessione praescribentis. Secunda ex negligentia alterius, prima est illicita: secunda videtur licita.
21. Praescriptio non currit ad admittendam servitutem activam stillicidii, si dominans ob impotentiam non potuisset restaurare aedificium, ut clarius hic explicatur.
22. Jus est metiendum ex qualitate negotii, et personarum, habito respectu ad impensas magnas, vel leves.
23. Praescriptio completa ob impotentiam dominantis in restaurando aedificio licet amiserit per non usum stillicidium, tamen habet restitutionem in integrum.

24. Dominus serviens, etiam si sciret servitutem stillicidii concessam
fuisse per instrumentum, nihilominus si aliquas novitates fecerit
in fundo serviente post destructionem aedificii dominantis, eo
sciente, et patiente imo etiam negligente per decennium, acqui
ret libertatem, et dominans amittet servitutem.

25. Possessio, quae nomine domini retinetur per colonum, eo decedente,
et nemine ingrediente talem possessionem, non interpellatur;
sed tunc demum cum dominus negligenter illam adipisci, et praecipue
si sponte colonus a possessione discesserit.

26. Scientia, et patientia per lapsum decennii praesumitur, praecipue
quando agitur de modico praejudicio, secus si de magno, quo in
casu non praesumitur consensus ejus, cui praejudicatur, nisi concurrat
spatium 30. vel 40. annorum.

1 In 4. *libro de aquaed. quaest.* 63. proposuimus illam quae-
2 stionem eo qui habebat clusam in flumine publico non na-
vigabili, si aquarum impetu fuisset destructa dummodo fun-
ditus non esset destructa, sed remansissent aliqua vestigia ex
quibus appareret de clusa, seu ibi fuisse constructam clusam
ab aliquo, an per tempus quadraginta, vel quinquaginta an-
norum, si non fuerit restaurata amissum fuerit jus restauran-
di eamdem clusam cum agatur de re, seu aedificio constructo
in flumine publico, in quo habet locum jus praeoccupationis
praeterquam quod potest esse, quod illud jus consecutus
fuerit, vel ex privilegio principis, vel donatione, vel ex ali-
qua causa onerosa, hoc unum est etiam in tali loco hujus-
modi jus non amitti, nisi clusa, vel aedificium funditus fue-
rit destructa, vel destructum, si tamen remaneant aliqua ve-
stigia tale jus non amittitur etiam elapsis quadraginta annis,
ut diffuse probavimus in illa quaestione ad quam me remitto.
In stillicidio autem, quod regulariter constituitur in fundo
dominante, casitandum in fundum servientem, si fundus do-
minans, vel aedificium ruinetur, ac destruatur, an nihilomi-
nus duret tale stillicidium, si per longum tempus decem, vel
viginti annorum, non fuerit reaedificatum, seu restauratum.
Certum est, regulariter loquendo, stillicidium destructo
aedificio, in quo erat constitutum pernecesse destructum vi-
deri etiam stillicidium, nec ejus remanere posse aliqua vesti-
gia, ex quibus probetur stillicidium dominantis casitasse in
fundum servientem; quo in casu nullis aliis probationibus
existentibus, quibus probari possit de existentia ejusdem
stillicidii per lapsum decennii, vel vicennii fuisse amissum
per non usum tanti temporis; probatur ex *l. si quis* 18.
§. si cum jus ff. quemadmodum servit. amitt. deducen-
do argumentum a paritate rationis ubi habentur haec ver-
3 ba. *Si cum jus haberes immittendi, vicinus statuto tem-
pore aedificatum non habuerit, ideoque nec tu immitte-
re potueris, non ideo magis servitutem amittes, quia non
potest videri usu cepisse vicinus tuus libertatem aedium
suarum, qui jus tuum non interpellavit.* His positis sic est
discurrendum. Ideo qui habebat servitutem tigni immitten-
di in parietem vicini eam non amittit, etiam si lapsum sit
tempus ad eam amittendam, et acquirendam libertatem nisi
intervenisset factum servientis, vel saltem interpellatio juxta
dispositionem tex. *in l. haec autem* 5. *ff. de servitut. urba-
nor. praed.* ubi ad praescribendam libertatem contra servi-
tutes urbanas requiri factum volentis praescribere libertatem
in versiculo. *Item si tigni immissi* in haec verba. *Item si
tigni immissi aedes meae servitutem debeant, et ego exe-
mero tignum, ita demum amitto jus meum, si tu foramen,
unde exemptum est tignum, obturaveris, et per constitutum
tempus ita habueris, alioquin, si nihil novi feceris inte-
grum jus meum permanet.*
Sed sic est in nostro praesenti casu jam aderat servitus
constituta, vere, et realiter, et licet non intervenerit factum
4 praescribentis, attamen intervenit factum naturale, et acci-
dentale, quod delevit vestigia servitutis stillicidii jam in suo
esse constituti, ideo accedente temporis lapso, pernecesse
extingui debet etiam servitus, et acquiri libertas, nam cum
dominus fundi dominantis, steterit per tantum temporis spa-
5 tium, in restaurando aedificio diruto, censetur dominum,
aedificium habere pro derelicto, quo in casu serviens acquirit
libertatem argumento deducto a paritate rationis *l.* 1 *ff. pro-
derelicto,* haec sunt verba.
*Si res pro derelicto habita sit, statim nostra esse desi-
nit, et occupantis statim fit, quia iisdem modis res desi-
nunt esse nostrae, quibus acquiruntur;* concordat pariter
textus *in lib.* 2. *ff. eod. sit,* in haec verba. *Pro derelicto rem
6 a domino habitam si sciamus possumus acquirere. Sed Pro-
culus non desinere eam rem esse domini, nisi ob alio pos-
sessa fuerit: Julianus desinere quidem omittentis esse: non
fieri autem alterius, nisi possessa fuerit,* et recte.

Difficultas est quando, vel quomodo res probetur derelicta,
ad hoc ut illam acquirere possit.
Ad quod, facilis est responsio rem pro derelicto haberi, 7
quando lapsum est longum tempus scilicet decennium, vel
vicennium in materia de qua agitur ea ratione quia servitus
usu retinetur nec interrest. quis ea servitute utatur ad for-
mam textus *in l. usu* 20. *ff. quemad. servit. amittantur,* in
haec verba. *Usu retinetur servitus, cum ipse, cui debetur,
utitur, quive in possessione ejus nomine est: aut mercena-
rius, aut hospes, aut amicus, vel medicus, qui ad visitan-* 8
dum dominum venit, vel colonus, vel fructuarius. Servitus
autem per non usum amittitur decennio inter praesentes, et
vicennio inter absentes probat textus *in l. sicut* 13. *de servit.
et aqua* cujus sunt haec verba. *Sicut usumfructum, qui non
utendo per biennium in solis rebus per annale autem tempus
in mobilibus, vel semoventibus diminuebatur non passi
sumus hujusmodi sustinere compendiosum interitum, sed
ei decem, vel viginti annorum dedimus spatium: ita et in
caeteris servitutibus obtinendum esse censemus, ut omnes
servitutes non utendo amittantur, non biennio (quia tan-* 9
*tummodo soli rebus annexae sunt) sed decennio contra
praesentes, vel viginti spatio annorum contra absentes, ut
sit in omnibus hujusmodi rebus eorum similis differentiis
explosis. Et ita Castrens ibidem, Bruneman. eadem leg.
padill. in leg.* 1. *cod. eodem tit. n.* 1. *Anton. Perez. ad cod.
lib.* 3. *tit.* 34. *n.* 29. *alios plures citat Augustin. Barbos.
ad hanc reg. sicut n.* 1. *et* 2. *Zoes ad lib.* 8 *ff. tit.* 6. *n.* 7.
Donell. Enucleat. lib. 11. *titul.* 17. *sub. litera B. versic.
secundo, si per constitutum tempus,* et maxime hoc procedit
quando cogitare possumus, dominum autem putare rem habere pro 10
derelicta *ad formam textus in l. id* 4. *ff. pro derelicto* in haec
verba. *Id quod pro derelicto habitum est, et haberi puta-
mus, usucapere possumus, et si ignoremus a quo dereli-
ctum sit.* Cum enim ex transcursu tanti temporis non fuerit
restauratum aedificium, praesumptio evidens est, non adesse 11
amplius spem illud restaurandi, et praecipue cum hic agatur
de modico praejudicio, et praescribens libertatem, habeat pro
se juris praesumptionem provenientem ex *d. l. sicut,* quae
sufficit ad transferendum onus probandi contrarium in ad-
versarium. Et tanto magis hoc debet procedere, quia res re- 12
vertitur ad suam pristinam naturam, scilicet ad libertatem
Johannes Cephal. in l. centurio. n. 103. *ff. de vulgar. et
pupill. in repetent.* cum quaelibet res praesumatur libera 13
naturaliter, nisi probetur serva argumento *l. altius* 8. *a. de
servit. et aqua,* et quod ibi notant fere omnes scribentes, et
praecipue *Augustin. Barbosa ibidem n.* 13. *Castill. de
usufructu cap.* 7. *n.* 10. *lib.* 1.
Nec valet si dicatur ex parte praescribentis libertatem in
materia servitutum urbanarum requiri factum praescriben-
tis ad formam *dict. leg. haec autem* 5. *ff. de servit. urban.
praed.* ut supra jam extensa. Et cum in casu praesenti ex 14
parte domini servientis adhuc nullum fuit probatum factum
ex ipsius latere, sed remanet probatum solummodo aedifi-
cium destructum, quod est ex parte dominantis, secus autem
ex parte servitutis stillicidii ubi requiritur, ut serviens pro-
bet se aliquod fecisse, per quod destrueretur illud stillicidium,
sed de hoc nihil constat. Ergo licet ex parte dominantis
ipse non fuerit usus servitute, attamen cum ex parte servien-
tis nihil actum fuerit; servitus debet durare exemplo forami-
nis tigni injuncti, nam licet tignum dirutum fuerit tamen si
remaneat foramen illius, semper durat servitus donec fuerit
exemptum tignum verba sunt clara *in dict. leg. hac autem
in versicul.* Item si tigni in haec verba. *Item si tigni immis-
si aedes tuae servitutem debeant, et ego exemero tignum,
ita demum amitto jus meum, si tu foramen, unde exemptum* 15
*est tignum, obturaveris, et per constitutum tempus ita ha-
bueris, alioquin si nihil novi feceris, integrum jus meum
permanet.*
Nam respondemus illud procedere, quando in fundo ser-
viente adsunt aliqua signa impositae servitutis, quo in casu,
nisi accedat factum servientis, nunquam poterit praescribi,
nisi sublato signo. Nos autem supponimus in praesenti quae-
stione, in fundo serviente nulla remansisse vestigia stillici-
dii, quo in casu diruto toto aedificio, cum non adsint am-
plius stillicidii vestigia, et aedificium remanserit ita dirutum
per decennium, vel vicennium, censetur dominum habuisse
tale aedificium pro derelicto, nec amplius habuisse volunta-
tem illud restaurandi prout etiam, virtute *dictae l. sicut.*
13. c. *de servitut. et aqua* non requiri amplius factum ser- 16
vientis ad acquirendam libertatem; quia illa verba in ea

17 conteota, *ut omnes servitutes non utendo amittuntur*, cum
dictio, omnes, totom inclodat, et nihil excludat, ut copiose
probat *Augustin. Borbos. de diction. in dictioni omnis*
241. et praecipue attentis illis verbis. *ut sit in omnibus hu-
jusmodi rebus causa similis differentiis expoltis l.* haec
18 enim verba sunt generalissima, et quod magis urget, est ver-
borum geminatio junctis his verbis cum alua et supra idem
Barbos. in axiomot. part. 105. ubi copiose, qoibus stanti-
bus videtor non requiri actum positivum, volentis praescri-
bere contra servitutes urbanas et supra dictum est, verum
tamen nolo ponere eos in coelum, loquendo contra *l. ut sup.
n.* 3. citatam, et contra ea quae ibi diai. quia et ego pluries
dictam l. cum aliis concordantibus, pro comprobando meo di-
cto allegavi, et videtur circa hoc sententia communis doctorum,
ut aperte probat Brunneman. *in dicto l. sicut.* 13. *c. de servi-
tut. et aquo*, cujus haec sunt verba. *Sed in urbanorum
praediorum servitutibus ad non usum requiritur liber-
tatis contentiae per oliquem octum usucapio, lib. 6. ff. de
de servitut urbanor. praedior. nom requiritur a porte ol-
terius. verbigratia prohibitio, vel obturotio, vel demolitio.
Wesembec. tit. de servitutibus n. 5. Cujoc. tom. a. operum
suorum pagin.* 400. *Donell. lib.* 11. *capit. ultim. littera D.
Harpr. §. ultimi hoc tit. n.* 34. *et sequent.* haec illa, et ita
omnes fere interpretes *ab dicta l. sicuti*, hoc *enom* est fa-
ctum seu actum positivum io praeseoti casu sostinet ejus
vices destructio sine aliquo vestigio stillicidii, vel etiam
tigni ob foraminis destructiouem, tibi addusi humanissime
lector, id quod potest adduci in cootrariom, ut qood volue-
ris, tenere possis.

19 Obstat pariter si dicatur servientem uon potuisse praescri-
bere cum fuerit in mala fide, et praescriptio cum mala fide
non currit. *Capitulo final. de praescriptionibus*, demus e-
nim easem adhuc servire dominum servieutem, qui patieba-
tur tale stillicidium, uon euim iguorare poterat servitutem
ipsam, et ideo licet lapsum sit tempus ad complendam osu-
capionem, seu praescriptionem, attamen dicere possomus eam
praescriptiooem mala fide coeptam esse.

Et propterea pro fundamento diximus *tomo 3. de aquae-
ductu cap. ultim. n. 8. cum Bart. in l. sequitur 4. §. quod*
20 *si viom ff. de usucapionibus*, quando dixi, qoamdam esse
praescriptionem, qoae causatur, ex possessione praescribeo-
tis, et tunc requiritur booa fides iu praescriptione longi tem-
poris. Quamdam esse praescriptionem, quae causatur ex oe-
gligentia alterius sine aliqua possessione praescribentis, ut
in servitute viae, quae deperditur uon utendo, tunc non re-
quiritur bona fides praescribentis, ut hic; sed in legibus con-
trariis ad praescribendam libertatem requiritur factum prae-
scribentis. Verumtamen licet ibi non admisimus talem do-
ctrinam. Attamen cum hic concurrat scientia domiosntis, et
quodammodo remissionem ejusdem servitutis, tamquam oo-
lentis restaurare tale aedificium diruturn, censetur tacite re-
nunciasse servituti stillicidii, uisi etiam dicam espresse per
lapsum tanti temporis, ex quo legitime potuit credi, domi-
nantem renunciasse servituti.

21 Limitanda tamen esset haec oostra conclusio, quando do-
minans non potuisset restaorare aedificium dirutum ob im-
potentiam, cum esset antea dives, et postea facta est pau-
per, cum quaodoque iuconstaotia rerum nobiles familias ad
paupertatem redacit. Hinc si aedificium dirutum uon fuit
22 restaoratum, hoc contigit ratione impotentiae. Jus enim est
metiendum ex qualitate negotii, et personarum, habito re-
spectu ad impensas, an sint magnae, vel leves, sic discurrit
Bart in l. quominus sub n. 31. *ff. de fluminibus*, ubi lo-
quitur de clusa facta iu flumine publico, quae clusa fuerat
destructa aquarum impete, et lapsum erat tempus ad com-
plendam praescriptionem favore libertatis ejusdem fluminis,
eo quod non fuerit restaurata clusa debito tempore, poterat
enim competere jus praeoccupationis alteri. Quibus tamen
non obstantibus, quia ille tertias ratione impotentiae fuit
legitime impeditus, ideo ei competit restitutio in integrum
23 ad formam textos *in l. prima §. si quis propter inundatio-
nem ff. de itinere octuque privato* in haec verba, *Si quis
propter inundationem usus non sit itinere, actuque hoc an-
no, cum superiore usus sit potest repetita die, hoc interdi-
cto uti. per integrum restitutionem ex illa porte, si qua
mihi justa cousa esse videbitur. Sed et si per eum hoc in
integrum eum restitui opportere Morcell. probat. et nos
diximus lib. 4. de aquaeduct. ei contigerit quaest.* 63.
n. 16,

Caeterum quatenus etiam constaret de concessione servi-
tutis stillicidii per instrumentum, si tamen serviens fecerit 24
aliquam oovitatem in fuudo servieote, vel aedificando in lo-
co, obi casitabat stillicidium, vel si suum proprium aedifi-
cium altius sustulerit, scieote, et patieote dominante, ratione
ipsius negligentiae amittet servitutem elapso decennio, ut
probat textus *in l. si de eo fundo 40. §. si forte colonus ff.
de acquir. vel amit. poss.* in haec verba. *Si forte colonus
per quem dominus possideret, decessisset propter utilita-
tem, receptum est, ut per colonum possessio, et retineretur,
et continuaretur, quo mortuo, dicendum est, non statim
eom interpellari, sed tunc demum, cum dominus possessio-* 25
*nem odipisci neglexerit. Aliud existimandum ait, si spon-
te colonus de possessione discesserit. Sed haec ita vera es-
se, si nemo extraneus eam rem interim possederit, sed sem-
per in haereditate coloni manserit.* Et hoc a paritate ratio-
nis ad formam istius textus, tum etiam quia per lapsum de-
cennii, ut *probat Johannes Annibal. in l. naturaliter ff.
de usucapionibus n.* 98. *in repetentibus. Juncta etiam l si
aquam e. c. de servitut. et aqua.* Ex qua deducitur funda-
mentum, concurrente scientia, et patientia dominantis, ac-
quiri, vel amitti servitutem, et praecipue quia per dece- 26
nnium praesumitur scientia, et patientia, quando agitur de
modico praejudicio pro ut docet Cardin. Tusch. *cons.* 69.
littera S. n. 28. in haec verba. *Declora plenius, quia si a-
gotur de magno praejudicio, scientia et patientia ejus, cui fit
magnum praejudicium non inducit consensum; neque titulum,
nisi spacio 30. vel 40. annorum, quae sufficiat ad praescri-
bendum, si vero agatur de modico praejudicio scientia, et
patientia per 10. annos inducit consensum, secundum ma-
gis communem opinionem, de qua Alex. cons.* 113. *viso, et
diligenter n. 9. et 10. versic. quarto comprobantur lib. 4.
ubi exemplificat ogi de modico praejudicio, si agitur de
servitute inducenda, vel si agitur de emphyteusi in alium
recognito; quia non perditur dominium, et sequitur Dec.
cons.* 185. *n. 9. et sequent. versic. non obstat, et isto casu;
quanda agitur de modico praejudicio, non habetur consi-
deratio, quod unus agit de lucro alter de damno.*

QUAESTIO XXIII.

Quando stillicidium in dubiis dicatur factum, vel jure dominii, vel jure servitutis.

SUMMARIUM

1. Stillicidium in dubio an censeatur jure dominii, vel servitutis constructum.
2. Spatium quod est intermittendum in aedificatione sepis, vel maceriei, vel parietis, vel domus quantum esse debet, hic declaratur, etiam respectu foveae seu fontanis.
3. Spatium vero, quod inducitur per l. Meniane 11. c. de aedificiis privatis est decem, vel quindecim pedum prout hic explicatur.
4. Glossa concordat has duas leges l. fin. ff. finium regundor. et l. Meniana c. de aedificiis privatis, quam non sequitur auctor.
5. L. Meniana Salicetus in eadem lege dat aliam solutionem, seu concordantiam, quae magis auctori placet, talem legem abiisse in desuetudinem.
6. Observantia aedificiorum etiam in civitatibus est contra dicta l. Meniana, ubi omnia aedificia debuerant esse ejusdem altitudinis, ne oculis essent ingrata.
7. Cives tenebantur fabricare domum suam in civitate, et si vetustate destrueretur, illam reaedificare tenebantur, quae omnia recesserunt ab usu.
8. Aedificare volens privatus antiquitus tenebatur dimittere spatium duodecim pedum ab altero vicino.
9. L. fin. ff. finium regundorum videtur habere locum in praediis rusticis tantum, non vero in urbanis sed vide n. sequen.
10. L. fin. ff. finium regundorum habet locum etiam in praediis urbanis.
11. De similibus ad similia idem est judicium.
12. Ubi est similis sequela, simile jus statui deberet.
13. Quod magis communiter contingit, magisque est necessarium providere,
14. Jus magis adaptari debet ad ea, quae frequenter occurrunt, quam ad ea, quae raro.
15. Quilibet agere potest in sua causa eo interdicto, quod magis ei placuerit, vel proficuum erit, ut hic explicatur.
16. Interdicta, quae competunt pro rebus corporalibus, possunt etiam competere pro rebus incorporalibus uti est interdictum *ne possedatis* hicque copiose explicatur, et hoc quando lex non resistit.
17. Interdictum salvianum directum datur locatori, utile vero omnibus creditoribus.
18. Statutum Mediolani 333. vol. 2. contentatur solum uno pede in aedificanda domo.
19 Dominus domus quando dimisit pedem pro peliprandio, ex statuto Mediolani potest habere fenestras respicientes in domum vicini
20. L. fin. ff. fin. regund. esse in praxi probat Carpanus hic
21. Pedes unus, vel duo dicuntur liprandi, ita dicti et denominati a Luitprando Langobardorum rege.
22. L. fin. ff. fin. regund. habet locum quando stillicidium non est provisum

in decisione caussarum, in materia talis pedis, vel duorum ita testantur omnes periti.
23. Rex Luitprandus fuit sepultus in aedibus S. Augustini cujus pes erat tantae magnitudinis.
24. Mensura unius pedis secundum statutum Mediolani 350. est unciarum novem, ad brachium lignaminis diversum a brachio pannorum, ut hic fusius explicatur
25. Brachium mediolanense, et papiense quomodo inter se differant.
26. Uncia mediolanensis differt a papiensi in latitudine, seu longitudine.
27. Forma Bucbelli mediolanensis, et papiens. hic reminisci traditur.
28. Stillicidium in dubio censetur factum jure dominii, nihil concurrente in contrarium praecipue attento statuto mediolanen. et in illa civitate, et etiam de jure communi.
29. Quilibet praesumitur aedificare velle secundum leges, non contra earum dispositionem.
30. Stillicidium cadens in hortum meum praecipue si ego utor solo, ubi tale stillicidium cadit, censetur cadere jure servitutis.
31. Dominium ex possessione praesumitur.
32. Dominium duplex est, aliud, quod militat in rei vindicatione, aliud, quod in servitutibus, primum plene est probandum, secundum sacro sufficit praesumptive.
33. Dominium si incidenter deducatur, sufficit probare possessionem, secus si principaliter.
34. Aedificari non potest sub grundia, et quando sic.
35. Sub stillicidio seu e os grundia tolli potest dummodo non impediatur.
36. Quod tibi non nocet, et alteri prodest, venit concedendum, etsi jure deficeremur, etiam in materia servitutum, et aedificii.
37. Domini praedii servientis favorabilior est conditio.
38. Stillicidium cadens in hortum meum, pariete cinctum, conjunctum parieti domus stillicidii censetur constitutum jure servitutis, non jure dominii.
39. Pedes attenduntur l. fin. ff finium regund. nedum in villis, sed etiam in civitatibus observari, respectu spatii duorum pedum.
40. Brachium papiense a pariete non autem pannorum est unciarum 16. videlicet a lignamine.
41. Pes papiense est unciarum 12.
42. Brachium mediolanense est unciarum 12. tantum, et ita in utroque brachio, deducitur quarta pars, in papiense sunt quatuor unciae, in mediolanense sunt tres unciae pro quarta parte.
43. Aqua regulariter loquendo mensuratur unciis medialanensi.
44. Dominus praedii praesumitur dominus omnium in eo contentorum seu intra ejus confines.
45. Quicquid est intra fines dioecesis provinciae, civitatis, vel castri, praesumitur esse illius, cujus est dioecesis, provincia, civitas, vel castrum, loquendo tamen quoad jurisdictionem, secus quoad dominium privatorum, quod est eorum, qui praedia possident.
46. Dominium probatur per indicia, praesumptiones, et conjecturas, eo quod est difficilis probationis.
47. Dominium probatur levioribus conjecturis, et praesumptionibus, quae probatio non admittitur, quando agitur de rei vindicatione, secus quoad aliam effectum, et incidenter.
48. Dominium indiciis probatur.
49. Possessio probatur ex cultura terreni, et recollectione fructuum, imo etiam si fructus non colligantur, dummodo possessor probet, se fecisse arare, vel colere, aut seminare, et successive probatur dominium, et praecipue quando possessio non est de recenti, sed quinquennii, vel decennii, attenta facti circumstantia, et hoc tempus est etiam judici arbitrarium, etiam si agatur actione rei vindicationis.
50. Quilibet renunciare potest favori, qui pro se est introductus.
51. Consensus ex facto quandoque elicitur.
52. Plus est facere actu, quam verbo.
53. Factum, ex quo non solum elicitur consensus in faciendo, sed etiam in recedendo a consensu.

1 Pro decisione quaestionis, et eorum quae dicenda sunt in materia stillicidii et dissolvendis quaestionibus, et eorum quae superius dicta sunt, et inferius sunt dicenda, in primis adducemus textum *in l. secundum* 13. *ff. finium regundorum*, ubi datur norma servanda in aedificatione sive sepis, sive maceriae, sive domus aedificanda in haec verba. *Si quis sepem ad alienum praedium fixerit infoderitque; terminum ne excedito, si maceriam, pedem relinquito, si vero domum, pedes duos, si sepulcrum, aut scrobem foderit, quantum profunditatis habuerit, tantum spatii relinquito: at vero oleam, aut ficum ab alieno ad novem pedes plantato: caeteras arbores ad pedes quinque.*

2 Hoc est, qui vult facere sepem, illam construere debet in fine sui praedii, quod non debet excedere, nec tenetur relinquere ultra sepem vicinum versus aliquod spatium, sed illam tenetur plantare, ne terminum suum idest confinem praedii excedat. Si vero maceriam, hoc est parietem, cum calce construendum, vel creta, eo in casu volens aedificare, tenetur pedem relinquere a confine sui praedii, et vicinum versus usque ad parietem construendum, qui pes jure dominii est ipsius aedificantis, eo quod tale spacium sit in praedio ipsius aedificantis, si quis autem domum aedificare velit, tunc duos pedes debet dimittere, qui in casu dicti duo pedes poterant inservire pro stillicidii casitatione, ut ita in eo casu stillicidium hujusmodi domus aedificatae non erit jure servitutis, sed jure dominii, quia casitat in proprio fundo, et res propria non dicitur sibi servire, *l. in re communi* 25. *ff. de servit. urban. praed.* Si vero fecerit scrobem, hoc est aliquod fontanile, tunc tantum spatii est ab eo dimittendum erga vicinum, quantum profunditatis habuerit, et sic discurrendo etiam de arboribus justa dispositionem ejusdem textus.

Attamen huic dispositioni obstare videtur textus *in leg. Maeniana*, 11. *c. de aedificiis privatis* cujus haec verba. *Maeniana, quae Graeco vocabulo etc. appellant sive olim constructa sive in posterum in provinciis construenda, nisi spatium inter se per decem pedes liberi aeris habuerint, modis omnibus detruncentur.* 3

In iis vero locis, in quibus aedificia privatorum horreis publicis videntur objecta obstructione Maenianorum quindecim pedum intervalla serventur. Quem intercapedinis modum aedificaturis quoque proponimus, ita ut, si quis intra definitum spatium, idest decem pedum mensuram aedificare, vel intra quindecim pedum maenianum possidere tentaverit: sciat non solum fabricatu demolienda sed etiam ipsam domum fisco nostro describendam.

Has difficultates movet Glossa, *in eadem l. finali in verbis duos pedes, ff. finium regundorum* quibus dat plures solutiones, et habet haec verba. *Duos pedes, imo videtur, quod in aedificatione qualibet quae fixa privato juxta privatum, debet spacio decem pedum liberi aeris relinqui, si autem juxta horrea publica quindecim pedum alias domus destruitur, et solum fisco applicatur, ut c. de aedif. privat. l. Maeniana, quae est contra solu. quidam dicunt hanc corrigi per illam. Alii dicunt, quod illa loquitur in maenianis, sive solariis, haec autem in caeteris aedificationibus, vel constructionibus, quod est verius, cum non debeamus, sic prompte legem corrigere. et in Auth. quibus mod. nat. effi. sui. §. tribus col. 6. vel ut ibi, vel hic non justa habetur, differentia, ut ibi.* 4

Verum mihi placet, quod docet Salicetus *in d. l. maeniana*, talem legem ab aula recessisse, et amplius non servari, idem tradit *Brunemanus in c. lib. 8. tit. 10. de aedif. privat. in versicul. et si angiporta*, ubi testatur dictam legem ab usu recessisse ex *Guil. et Farinac. et aliis doctoribus in dicto tit. de aedific. privat.* hoc idem tenet *Gloss. in dict. l. Maeniana in verbis, idest decem pedum c. de aedific. priv. et interpretes*, ibi haec tamen lex non servatur. 5

Hoc etiam probatur ratione deducta ex evidentia facti, et ex inobservatione dispositionis *dict. tit. cod. de aedific. privat.* nam juxta Brunemanum dicto titulo quia aedificia, seu aedes in civitate debuerant esse ejusdem altitudinis non una alta, et altera inferior ne disparitas vicinorum aedificiorum occulis intuentium esset ingrata, ut grandi altitudine liberior aer solisque fulgur arceretur, aut lapso graviore vicinis nocerent ad formam *tex. in lib. 1. c. de aedific. privat. ita Brunemanus in principio.* Quia imo ex eodem *tit.* Carebatur, ut curiales vellent, nollent, tenerentur fabricare domum propriam in civitate, et quatenus corruisset tenerentur, vellent, nollent, illam restaurare, quod secus est de privatis, ut copiose scripsit *Brunemanus loco citato, et Antonius Perez eodem tit.* Imo quod haec omnia recesserint ab aula demonstratur ex *l. ex quo pace* 12. *§. sed cum nostra, c. eodem tit. de aedific. privat.* ubi quando privatus aedificare voluisset domum teneretur dimittere spatium inter vicinum, et aedificantem duodecim pedum, cujus haec sunt verba. *Sed cum nostra constitutio dicat duodecim pedes oportere relinqui ab eo, qui aedificaturus est, inter propriam, et vicini domum, et plus, vel minus adjicit, quod magnam sane aedificantibus securitatem praestat: (nihil autem dubium aptum est ad tollendam ambiguitatem) directe, ac perspicue jubemus duodecim pedes relinqui inter medios inter utramque domum, incipientes a superpositis fundamentis aedificii parte, eademque observatione perseverante ad summum usque altitudinis culmen.* 6 7

In praxi enim videmus fere in omnibus civitatibus hujus dominii non dimitti talem distantiam ab una ad alteram domum, sed immediate, et contiguam aedificari domum, et fere conjunctam cum vicino, ita ut circa hoc non sit amplius insistendum cum in praxi non observentur. 8

Cum ergo lex. *finalis ff. finium regund. ut supra extensa* quando est aedificanda domus spatium esse intermittendum duorum pedum in illis verbis, *si vero domum pedes duos* sidendum est, non habeat locum in praediis urbanis, nam cum titulus finium regundorum loquatur de praediis rusticis, videbatur dicendum, spacium duarum pedum esse respectu praediorum rusticorum non autem urbanorum hoc idem probat *Vesembeccius ad hunc tit. in ff. finium regund. Flo-* 9

rian. a S. Petro in eadem l. final. ff. fin. regund. imo videtur adesse textum in l. sed, et lazi 4. §. hoc judicium ff. eadem tit. fin. regund. cujus haec sunt verba. Hoc judicium locum habet in confinio praediorum rusticorum in urbanorum displicuit, neque enim confinio haec sunt, sed magis vicina dicuntur, et ea communibus parietibus plerumque disterminantur. Et ideo, et si in agros aedificia juncta sint, huic actioni locus non erit. Et in urbe hortorum latitudo efficere potest, ut etiam finium regundorum agi possit.

10 Quibus tamen non obstantibus dicendum est dictam legem, finalem, ff. fin. regund. habere locum etiam in praediis urbanis, ea ratione quia de similibus ad similia idem
11 est judicium probat text. in l. non possunt 12. ff. de legibus et senatus consultis, in illis verbis, sed cum in aliqua casu sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet, et Glossa in l. 1. in verbo ostenditur, c. de interdictis, ubi in vers. quod quamvis agatur circa arbores caedendas attamen dicta lex, seu interdictum habet generalem inspectionem (haec sunt verba Gloss.) et undecumque sit redditum interdictum ad similia procedere possumus; et postea in versicu-
12 lo, item, habet haec verba. Item et nota ubi est similis aequitas et simile jus statui debere, ut ff. ad l. aquiliam l. illud ubi etiam glossa in verbo aestimari, et l. unica §. hoc autem interdictum ff. de furtis Azon. in summa c. de aedificiis privatis sub n. 3. in illis verbis, vel hoc in maenianis sive solariis. illud in caeteris aedificationibus, vel constructionibus, et in specie ita tenet Caepola de servit. urban. praed. capite 40. de pariete, seu muro sub n. 2. versic. ego autem teneo contrarium, ubi adducit rationem, quia magnum esset absurdum, quod lex Maeniana, c. de aedific. privat. provideret solum de solariis, quae fierent in domu, et lex finalis solum provideret quando domus fieret juxta fundum rusticum, et non provideret, quando aedificium fie-
13 ret juxta praedium urbanum, nam (ait ipse) quod magis communiter contingit, magisque necessarium est providere. l. nam ad ea 5. ff. de legibus, et senatusconsult. in haec
14 verba, nam ad ea potius debet aptari jus, quae, et frequenter, et facile, quam ad ea, quae raro eveniunt, et per tex. in l. ea quae 65. ff. de regulis juris, in haec verba. Ea quae raro accidunt, non temere in agendis negotiis computantur. Concordat quidem Gloss. in verbis. Ea quae raro.

Nec obstat, quod dicta lex finalis sit posita in tit. ff. fin. regund. quae potius loqui videtur de praediis rusticis, et quando quis aedificator in vicino praedio rustico, cum respondetur sufficere, quod pro majori parte spectet ad titulum de praed. rustic. seu finib. regund. et ad quid in arenam aedificare. Sicuti non implicat contradictionem in materia interdictorum, quin agere volens in aliqua causa, age-
15 re possit eo interdicto sibi magis proficuo, dummodo lex non resistat, exempli gratia in materie servitutum, veluti viae, vel itineris, vel actus, vel in interdicto de aqua quotidiana, et aestiva, sive in interdicto de rivis reficiendis, vel de fonte, haec enim interdicta sunt propria servitutum, et si agatur de itinere actuque privato, adest proprium interdictum, ff. de itinere actuque privato, sic pariter ff. de aqua quotidiana, vel aestiva tot. tit. et praecipue in lib. 1. cujusque tituli, et sic ff. de rivis ff. de fonte, et tamen agere volenti non est ablata facultas utendi aliis diversis interdictis, quae
16 principaliter competunt pro rebus corporalibus, veluti est interdictum uti possidetis, quod proprie competit pro rebus corporalibus. l. unica, c. uti possidetis ibi uti possidetis fundum, de quo agitur, cum ab altero. nec vi, nec clam, nec precario possidetis. Rector provinciae vim fieri prohibebit, et clarius in lib. 1. §. hoc interd. ff. eod. titol. uti possidetis, ibi. hoc interdictum de soli possessore scriptum est, quem potiorem praetor in soli possessionem habet, et est prohibitorium ad retinendam possessionem, ubi Glossa explicat, soli, idest fundi, et ita videtur restringi solummodo ad fundum, qui est corporalis, et tamen hoc interdictum uti possidetis habet locum etiam in rebus incorporalibus, hoc est in servitutibus probat text. in l. sicuti, 8. §. sed et interdictum ff. si servitus vindicetur, his verbis. Sed et interdictum, uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur qualiter velit suo uti. Et hoc erit interdictum utile per text. in l. quoties 20. ff. de servitut. ibi ideoque, et interdicta veluti possessoria, ubi etiam glossa in verbis, veluti possessoria in versiculo item datur interdictum uti possidetis, ff. de servit. et per text. in l. final. ff. uti possidetis. Practica Papiensis in forma libelli pro turbata possessione in versicul. coram vobis n. 3. Florian. de S. Petro in l. sicut. in §. Aristo. n. 3. ff. si servitut. vindicetur, Bart. in l. sane 4. in principio ff. de injuriis, et l. cum facit. 11. ff. de vi, et ut armato Zoesius ad lib. 43 ff. uti possidetis tit. 17. n. 1. Antonius Perez. ad lib. 8. c. tit. 6. uti possidetis n. 11. Cum ergo in hoc lex non resistat, non erit inconveniens, affirmare, dictam legem finalem ff. fin. regund. habere locum
etiam in aedificiis urbanis, sicut et Salvianum interdictum 17
utile datur omnibus creditoribus, licet directum detur solummodo contra colonum ipsi locatori, ut ex lib. 1. 2. et 3. ff. de Salviano interdicto, et fusius Stotil. de Serviano interdicto capit. 1. n. 9. 10. 12. et sequentib.

Et quod dicta lex finalis ff. fin. regund. sit in viridi observantia, et fere, per omnes civitates servetur habemus statutum mediolani, quod solummodo contentatur uno pede tan-
tum, uti est statutum 333. vol. 2. quod disponit. ne quis 18
possit facere fenestras, vel imponere stillicidium in alienum, vel respicere in domum alienam, nisi reliquerit saltem unum
pedem extra illum parietem, quo casu, et fenestras, et stilli- 19
cidium intra dictum pedem ei habere permissum est, et in statuto 334. habentur similia verba videlicet. Cum quis domum, vel parietem super suo vult construere, non habet necesse aliquid extra relinquere, sed si pedem unum foris non reliquerit, nec fenestras habere, nec stillicidium immittere ei permissum est. Carpanus etiam adhoc statutum
n. 12. in verbis. Non habet necesse, docet de jure communi 20
secus esse, quia si quis velit aedificare domum, tenetur relinquere duos pedes per l. fin. ff. fieri regund. quam legem postea dicit non servari de consuetudine generali in civitatibus, sed regulariter in villis, cujus opinionis etiam ego sum, praecipue in civitatibus, quia a latere domus vicini aedificatur domus alterius vicini nullo spacio intermediante, imo paries utriusque domus fit communis, regulariter loquendo, nam videmus vicinum imponere tignum in pariete alterius vicini, et ita aedes ita conjunguntur, ut paries intermedians inserviat utrique.

Verumtamen quando adest aliquod spacium inter utram- 21
que domum, tunc potest esse quod habeat locum dicta lex fin. quandoque in civitatibus, sed saepe numero in villis, ita ut cum non adsit aliqua lex quae loquatur de dicto pede, vel de duobus pedibus, qui dicuntur Liprand. ut denotat
sub. statuti mediol. 350. scilicet de pede Liprando. Eo in 22
casu pro causarum decisione, est recurrendum ad dictam legem pro ut ita observant omnes periti, et attestantur in praxi ita regulari, et hic pes Liprandi idem Carpanus n. 2. sic appellatur, ut referunt antiqua anoslia a pede Regis Li-
prandi Longobardorum Regis, qui resit hoc dominium, et 23
statum aliquo tempore, et sepultus fuit in civitate Papiae in aedibus Divi Augustini, qui dicitur habuisse pedem tantae magnitudinis, et illud statutum 350. explicat mensuram dicti pedis Liprandi, qui est unciarum novem regulando uncias
ad brachium lignaminis, quod est diversum a Brachio Panno- 24
rum, seu rerum sericearum, et quaelibet civitas habet sua brachia nam brachium mediolanense est unciarum duodecim; brachium vero papiense sexdecim, verumtamen differunt in un-
ciis, quibus brachium signatur, nam uncia mediolan. ejus- 25
dem brachii est majoris longitudinis, seu altitudinis quam sit uncia brachii papiensis, et ita in materia aquarum, regulariter loquendo, semper inter contrahentes convenitur de
uncia mediolanensi aquarum pro ut nos demonstravimus 26
lib. 2. de aquaeducto, cap. 10. quaest. 2. ubi tradidimus Bu-
chellum Mediolanensem unciarum quarum aequarum, et suc- 27
cessive ibi dedimus formam unciae mediolanensis, nec non et Buchelli Papiensis cum forma unciae Papiensis.

Procedendo ergo ad quaestionis decisionem, est advertendum, quando nihil aliud resultat in contrarium, regulariter
loquendo in praxi, domus est aedificanda secundum jus com- 28
mune, nempe juxta normam l. fin. ff. finium regundor. quam probavimus esse in viridi observantia, per rationes superius allatas, et praecipue, quia l. Menianae, c. de aedific. privat. loquitur de aedificiis privatis, aliud vero est in publicis in aedium constructione, quae non est in usu, sed tantum dicta l. fin. cum sit dimittendum spatium duorum pedum a praedio urbano vicini ad praedium alterius vicini construendum, dicendum est in dubio stillicidium non esse jure servitutis, sed dominii, et praecipue attentu statuto, quod mandat duos pedes esse relinquendum, vel saltem unum, ut disponit statutum mediolani supra relatum, ea ratione, cum ille pes, vel duo sint aedificantis, res sua sibi non ser-

viat, et respectu vicini, cum ipse habeat regulam; pro se,
quamlibet rem liberam praesumi, nisi probetur serva, ideo
firma est nostra conclusio, illud stillicidium non esse jure
servitutis sed dominii judicandum.

Exemplum esse potest, quando inter duas aedes remanet
aliquod spatium, quod construit aliquo modo viiculam, seu
parvulam viam per quam non potest duci vehiculum ob ejus
arctitudinem, in qua utriusque stillicidia casitant, censetur
casitare jure dominii, eo quod praesumptio sit, quemlibet
29 velle aedificare secundum formam legis, non lege resistente,
et hoc exemplum, ut plurimum habet locum in villis, quod
secus est in civitatibus, quia in civitatibus ita aedificatur,
ut exempli gratia paries meus inserviat pro pariete domini
vicini, et ut latius dicemus, quando discurremus de pariete;
aedificare autem secundum formam legis, est dimittere spa-
tium ab una, ad alteram, a lege statutum juxta dispositionem
dictae *leg. final. ff. fin. regund.*

Si vero stillicidium casitat exempli gratia in hortum meum
seu viridarium, tunc stillicidium censeatur casitare jure ser-
vitutis non jure dominii cum hac tamen distinctione, vel vi-
cinus in cujus solo cadit stillicidium ipse utitur tali proprie-
tate seu modicitate illius soli, exempli gratia, habet arbores
fructiferas infixas parieti domini stillicidii, et utitur etiam
30 illo pede, vel duobus pedibus colligendo fructus, et terram
colendo, ubi cadit stillicidium, et viridarium meum est pa-
rietibus auctum, at parietes sunt conjuncti, et affixi parieti
31 domus stillicidii, et tunc, quia praesumitur, ex possessione
dominium *argumento textus in l. interdictorum s. ʒ. quan-
dam ff. de interdictis, Bald. in l. cum res.* 12. *sub n.* 18.
qui cum probat evidenter nostram propositionem, volui hic
describere formalia verba ejusdem videlicet. *Concluditur ex
praedictis, quod praesumptum dominium oritur ex posses-
sione rei, non ex quasi possessione, et quod duplex est do-
32 minium, scilicet operans in rei vindicatione; et operans,
scilicet in servitutibus. Primum debet plene probari, quia
fundat originem petitionis: sed in secundo sufficit praesum-
ptiva probatio, quia facilius aliquid coadjuvatur, quam in
sua radice fundetur, ut ff. si servitus vind. l. sicuti ʒ. sed
si quaerat, et ff. famil. erciscund. l. prima, et supra de
edend. l final. et not. per Old. et alios in leg. penul. de
cond. instit. unde in servitutibus probata constitutione
per actum, vel praescriptionem probatum remanet domi-
nium rei.*

33 Et melius *Bart in l. quidam jussus, n.* 4. *ff. de condit.
institut.* ubi quando dominium deducitur incidenter, sufficit
docere de possessione de praesenti, secus si principaliter.

34 Neque obstat, id quod dicit Caepola *dict. cap.* 28. *n.* 10.
subtus grundia non posse aedificari *per textum in l. olympi-
co ʒ. Lucius ff. de servitut. urban. praed.* Quatenus *stilli-
cidii rigor se extendit*, et per consequens neque vicinus do-
minus viridarii poterit colere terram sub stillicidio, et suc-
cessive non poterit habere plantas contiguas parieti alterius
vicini, illasque affixas dicto parieti habere.

Nam respondetur hoc habere locum quando cultura impe-
diret stillicidium, sicuti etiam, et plantae; his autem nullum
35 est impedimentum alteri vicino neque talia cultura, vel arbo-
res damnum aliquod dicto vicino afferunt, nec ei obolo ei
officiunt, tunc ex regula, quod tibi non nocet, et alteri pro-
dest venit concedendum. *lib.* 2. *ʒ. item Varus vers. quam-
quam* in illis verbis. *Si velim aquam restituere in agro
36 ejus, quod factum quidem mihi prodesse potest, ipsi autem
nihil nociturum est. Hoc aequitas suggerit, etiam si jure de-
ficiamur.* Et per consequens cum dicta cultura non impediat,
ut diximus stillicidii servitutem, ideo non poterit impedire,
quin colat, et fructus colliget. Quinimo potest etiam aedificare
subtus grundia quotiescumque non impeditur stillicidium in
praejudicium domini servitutis, argumento deducto a paritate
rationis in servitute aquaeductus. Ut notat *Castrensis in l. si
cui simplici* 9. *et praecipue in l.* 2. *ʒ. pen. ff. de religiosis,
et sumptibus funerum Jason in l. si ex toto si ita legatum n.*
26. *ff. de legatis primo*, et argument. a paritate rationis de-
ducto *ex l. si quis domum* 9. *in versiculo plane, ff. locati,
et conducti* in haec verba. *Plane si dominus non patiatur,
et locator paratus sit aliam habitationem non minus com-
37 modam praestare: aequissimum esse ait, absolvi locatorem*,
eo quod favorabilior sit conditio domini praedii servientis
cum non habeat dominus fundi dominantis, quod conquera-
tur, si modo servitus ei praestetur, qualis quantaque debita
est *Fabrum. in suo c. lib.* 3. *tit.* 24. *defin.* 5. *n.* 3. *et* 4.

38 Et quod in dubiis tale stillicidium non sit jure dominii, sed
servitutis, probatur hac distinctione, vel hortus, aut virida-
rium parietibus est circumdatum, et murus circonductionis
est conjunctus cum pariete domini stillicidii, et ita demon-
stratur dominium praedii servientis.

Sed contra hanc nostram conclusionem obstare videtur in
primis tex. *in d. l. final ff. fin. regund.* quae mandat, quod
volens aedificare domum vicinam praedio alterius vicini, ut
intermittat spatium duorum pedum, sicuti et in nostra civi-
tate adest consuetudo inveterata, pro et mihi testantur peri-
ti in arte, scilicet agrimensores affirmantes, ne dum in villis,
sed etiam in civitate intermitti debere spacium duorum pe- 39
dum in domo aedificanda vicina praedio alterius, qui pedes
sunt unciarum duodecim desumptarum ex brachio a pariete,
non autem pannorum; et brachium papiense est sexdecim
unciarum. Pes autem unciarum duodecim, et ita duo pedes 40
constituunt uncias viginti quatuor. Brachium vero mediola-
nense, cum sit unciarum tantum duodecim, erit tantum un- 41
ciarum novem, et ita duo pedes mediolanenses constituent un-
cias decem, et octo, et ita ex utroque brachio detrahitur quarta 42
pars, quae est unciarum quatuor respectu brachii papiensis,
respectu vero mediolanensis est trium unciarum. Differunt
etiam in hoc utraque brachia, quod uncia mediolanensis est
longior, papiensis vero brevior, et ita in praxi quando contrahi-
tur inter ipsos contrahentes, veluti in acquirenda aqua conveni-
tur pro uncia mediolanensi, quae est pinguior, quam papiensis,
si vero conventio fiat ad brachium, tunc pinguius est tractari ad
brachium papiense, quam mediolanense; haec dicere volui pro 43
applicatione difficultatum, et ut sciatur quomodo in praxi sit
regulanda conventio, quibus stantibus videtur dicendum ta-
lem hortum non praestare servitutem, sed fundum, in quod
casitat stillicidium, esse jure dominii domini stillicidii.

Respondetur argumentum sive etiam statutum, vel dictam
legem finalem habere locum, quando nihil aliud constat in
contrarium, in nostro autem casu contrarium apparet, licet
enim exempli gratia lex, vel statutum vetet aedificare, nisi
intermissis duobus pedibus, vel uno tantum, licet enim sta-
tutum vetet aedificare, attamen, quia factum omnino repu-
gnant, et legi et statuto, per duos actus, quorum primus est,
paries, qui cingit tamen viridarium, conjunctum cum pariete
domus domini cujus est stillicidium, praesumptio est, me esse
dominum omnium contentorum intra cincturam viridarii, ex
regula, quod dominus praedii praesumitur etiam dominus
omnium contentorum intra fines ejusdem praedii. *Ita Bald.* 44
in rubrica c. de contrahend. empt. quaest. n. 42. *in versicu-
lo contrarium, videtur, et in l. insulae ff. de jud. argumen-
to deducto ex l. nede sacra.* 73. *ʒ intra maceriem ff. de
contrahend. empt.* in haec verba. *Intra maceriem sepulcro-
rum hortis, vel caeteris culturis loca pura servata, si nihil
venditor nominatim excepit, ad emptorem pertinent. Idem
probat. Ruin. consil.* 26. *n.* 7. *et cons.* 40. *n.* 14. *vol.* 2. *abb.
in c. si diligenti n.* 2. *in secundo notabil de praescript.* et
in terminis terminantibus extra dentes loquitur *Mascard.
de probation. conclus.* 552. *n.* 1. *et* 2. ubi habet haec ver-
ba. *Dominus praedii praesumitur etiam dominus rerum
omnium, quae sunt intra fines ipsius praedii ex Baldo su-
pr. cit. et n.* 2. infert quod, *quidquid intra fines dioecesis,* 45
*provinciae, civitatis, vel castri est, praesumitur esse illius
cujus est dioecesis, provincia, civitas, vel castrum, loquen-
do tamen semper quoad jurisdictionem, secus quoad domi-
nium privatorum, quia est eorum, qui praedia possident,
haec ille.* Et quod quis praesumatur dominus rerum conten-
tarum in praedio, cum dominium sit difficilis probationis, 46
admittuntur indicia, et praesumptiones, ac conjecturae ad
illud probandum probat plenarie *Mascard. de probation.
concl.* 353: *n.* 5. *et Coccin. decis.* 1569. *n.* 9. *et. n.* 10. docet
dominium probari levioribus conjecturis et praesumptionibus 47
et dict. n. 10. ait hanc probationem non admitti, quando agitur
rei vindicatione, secus si ad alium effectum, et incidenter. Idem
probat *Pennia decis.* 12 *n* 6. *versic. Et praesertim in hac
facti specie.* Et quod dominium indiciis probetur demonstratur
ex l. indicia 19. *c. de rei vindicatione* in haec verba. *Indicia* 48
*certa, quae jure non respondetur, non minorem probationis,
quam instrumenta, continent fidem, quo jure si de proprie-
tate domus ambigis negotiumque integrum est, uti non pro-
hiberis.*

Quoad secundum est possessio, in qua reperitur dominus 49
viridarii, per culturam terreni, et per perceptionem fructuum,
quorum arbores seu plantae sunt affixae parieti domus domini
stillicidii quae omnia probant possessionem; extra dentes
probat *Mascard. de probation conclus.* 1182. *n.* 1. *ex Bal-*

do in l. 3. c. fin. regund. n. 4. ubi ampliat dictum, etiam si possessor non recollegerit fructus, dummodo probet, se fecisse arare, vel colere aut seminare, sufficit ad probandam suam possessionem. Et quod possessio probetur ex fructuum perceptione probat textus *in l. titia 47. ff. de solut.* in haec verba. *Titia cum propter dotem bona mariti possideret, omnia pro domina egit, redditus exegit, et moventia distraxit. Baldus in l. tertia num. 4. versicul. Quaero qualiter. c. finium regundorum Bartol. in l. 1. c. de acquir. possessione. Imo* ex recollectione fructuum, et ex cultura ejusdem agri probatur dominus, sive per possessionem, quando agitur incidenter. *Baldus in l. indicia n. 3. c. de rei vindicatione, et Mascardus de probat. conclus.* 1183. *n.* 13. praecipue hoc procedit quando possessio non est de recenti, sed per aliquod tempus. Veluti per quinquennium, vel decennium, attenta facti circumstantia juxta ea quae docet *Angelus in* 2. *sic ita discretis sub num. 7. versicul. Tu Addas. instit. de actionibus*, ubi hoc tempus remittit ad arbitrium judicis. Hoc idem probat. *Menochius cas. 42. centuria prima n.* 1. etiam si agatur actione rei vindicationis, *ut ibi ex Baldo, et pluribus aliis*, dicentibus a sententia, *Bald. non esse recedendum.*

Et ad magis comprobandam nostram conclusionem, et ad tollendam vim argumenti in contrarium adducti, videlicet non obstante exempli gratia statuti, vel etiam legis dispositione, dimittendum esse spacium unius pedis, vel duorum, nihilominus ex iis, quae in facto resultant, dicendum est, partes praesumi voluisse recedere a beneficio statuti, vel legis, praecipue ex parte domini servientis, licet enim adsit statutum vel lex contraria, cum hoc sit introductum favore domini praedii vicini, ne dominans contra ejus voluntatem occupet praedium
50 domini vicini. Tamen quia unusquisque potest renunciare favori, quem possidet *l. si judex 42. ff. de minoribus l. penultima c. de pactis, et l. pactum 47. ff. de pactis.*

51 Renunciatio autem talis favoris probatur ex consensu, qui ex facto elicitur *l. Paulus respondit 5. ff. rem ratam haberi* in haec verba. *Paulus respondit non tantum verbis ratam haberi posse, sed etiam actu. Denique si eam litem, quam procurator inchoasset, dominus comprobans prosequeretur, non esse commissam stipulationem Cravetta cons.* 106. *n.* 2. *Decius cons.* 58. *sub n.* 1. *et* 2. *Roman. cons.* 291. *n.* 3. *vers.* 3. *quia ubi Apost. in versic. intelligi. Decius cons.* 449. *n.* 34. ampliat dictum, quod plus est facere facto, quam verba, quod idem confirmat cardinal. *Tusch. concl.* 15. *lit.*
52 *F. n.* 13. Imo idem *Tusc. eadem concl. n.* 27. ait, quod ex facto elicitur consensus, ne dum in faciendo, sed etiam in recedendo a conventis, hinc dum constat expresse ex facto parietem, qui cingit viridarium, esse affixum, et conjunctum parieti, seu muro domus cujus est stillicidium, quod casitat in viridario vicini, et possessio domini viridarii colentis terrenum, sub stillicidio una cum arboribus fructiferis dicto muro affixis, certum est, induci servitutem tantum, seu stillicidium esse jure servitutis, ea ratione, quia ex lapsu temporis praesumitur dominium stillicidii, vel habuisse notitiam, vel ita contractum fuisse inter ambas partes, et quod ex facto, ut mox dictum est, elicitur consensus, nedum in faciendo, sed etiam in recedendo a dispositione statuti, vel legis attento temporis longitudine ad arbitrium judicis, ut supra demonstratum est.

QUAESTIO XXIV.

Quando stillicidium alicujus domus casitat in fundo alterius, an dicatur cadere jure servitutis, an vero jure dominii inter fratres, qui diviserunt eorum bona.

SUMMARIUM

1. Stillicidium domus divisae inter fratres, nulla facta mentione de eo, an dicatur esse jure dominii, an vero jure servitutis, vel neutro jure, hic resolvitur, n. 9. cum distinctione.
2. Fratres inter se dividentes aedes paternas, si non exceperint aditum unius adversus alterum, non tenentur eum praestare.
3. Portio bonorum paternorum spectans cuilibet fratrum intelligitur libera ab omni onere servitutis, nisi expresse fuerit imposita.
4. Fratres dividentes bona paterna, quae irrigabantur si unus illorum velit suam partem irrigare, et aquam ducere per portionem alterius, alter non tenetur praestare transitum, nisi fuerit expresse exceptus, etiam si dictum fuerit cum suis juribus aquarum, quia illa clausula verificatur quoad extraneos, non vero quoad ipsos.
5. Dominium rei, quae mihi debebat servitutem, si illud acquiram extinguitur servitus.
6. Socius in re communi nihil neque potest jure servitutis, neque prohibere, quo minus alter utatur.
7. Res sua sibi servire non potest.
8. Servitus est nominatim exprimenda est, et verba generalia sufficiunt.
9. Fratres aedes paternas dividentes, nulla facta mentione stillicidii existentis in portione alterius, tenentur pati illam servitutem in ea forma, qua reperitur, et qua paterfamilias uti solebat, et sic jure servitutis, et hoc ratione privilegii ultimae voluntatis.
10. Legatario, cui a testatore relicta est domus, nulla facta mentione servitutis, quae ei domui debetur, concedenda est servitus sive viae sive itineris, sive oneris ferendi, etsi nihil dixerit in testamento.
11. Usufructuarius, cui legatus est usufructus alicujus fundi, ad quem nullum datur iter, nisi per alium fundum, qui alteri legatus est, potest cogere talem legatarium ad praestandum iter, nec legatum est praestandum, nisi iter concedat.
12. Haeres tenetur praestare legatario iter pro fundo, in quo usufructus relictus est, etsi testator nihil dixerit.
13. Usus testatoris habet locum etiam in agris.
14. Servitus in ultimis voluntatibus a testatore censetur relicta nisi aliud in contrarium appareat.
15. Haeres favore legatarii tenetur excipere servitutem per fundum legatum, et legatarius ire potest ad casus legatos conjunctas lisdem.
16. Res legatae in testamento censentur legatae eo modo, quo apud testatorem remanebant.
17. Fratres dividentes aedes, per eosdemmet acquisitas, seu constructas in divisione nihil dixerunt, nec aliqua servitus fuit excepta, an nihilominus pati teneatur talem servitutem.
18. Frater non tenetur pati servitutem ab altero fratre, nisi nominatim fuerit excepta, etiamsi talis servitus jure servitutis debita fuisset, loquendo in divisione, sed vide n. 21.
19. Servitus est tota, in toto et tota in qualibet parte fundi dominantis, et servientis.
20. Fratres dividentes domum a se constructam, habentem tria solaria, quae habebant scalam in plano ascendentem ad primum, secundum, et tertium solarium, nihil dixerunt in divisione de scala an inferior pati teneatur, ut superiores possint uti scala inferiori.
21. Fratres respectu solariorum inter se divisorum habent jus ascendendi per scalam, inferiorem, superiorem, et supremum pro declaratione nostra conclusionis ut sup. n. 18.
22. Divisio est similis emptioni.
23. Contignatio, seu conjunctio quandoque respectu ejusdem inducit servitutem, et habet etiam locum, nedum in contractibus, sed etiam in divisione.
24. Venditis aedibus inter contrahentes actum videtur, ut contignationes uti stant, ita stent.
25. Scalae respectu solariorum se habent uti contignationes.
26. Domo vendita fistulae, quae ducunt aquam in aequam lateribus constructum, an cedant domui.
27. Contrahentes, quandoque non advertunt ea, quae accidere solent, et ideo excusantur, ut nihilominus includantur ea, quae non videntur inclusa.
28. In aedificio inclusa censentur partes ejusdem aedificii.
29. Destinata perpetuo ad usum aedificii sunt ejusdem.
30. Fistulae ad tempus ad usum domus non sunt ejusdem, perpetuo vero positae sunt domus, etiam si non sint fixae aedificio.
31. Quae aedificio detracta sunt, ut iterum reponantur, aedificii sunt.
32. Pali, qui vineae causa parati sunt antequam collocentur fundi non sunt, secus vero, qui exempti sunt hac mente, ut iterum reponantur, fundi sunt.
33. Qui habet haustum, habet quoque iter, et e contra.
34. Cui conceditur aliquid, videtur etiam concedi id, sine quo illud esse non potest.
35. Promittens, aquam accessuram, censetur quoque promisisse iter aquae.
36. Aquaeductus servitus, duo continet, aquam nempe, et rivum.
37. Rivus, et aqua valde inter se differunt.
38. Rivus est aquae iter.
39. Servitus aquaeductus non praescribitur, nisi facto rivo, hic explicatur.
40. Aqua sola non est sufficiens ad constituendam aquaeductus servitutem.
41. Jus refertur ad actionem.
42. Privatio supponit habitum.
43. Servitus aquaeductus non incipit, nisi post factum rivum, idem procedit in aliis servitutibus, in quibus requiritur, ut aliquod opus fiat.
44. Actio personalis competit pro servitute promissa ad eam constituendam.
45. Actio personalis non praescribitur, nisi spatio 30. vel 40. annorum.
46. Concedens aquae haustum regulariter loquendo, censetur concedere, et aditum, sive iter. attamen id procedit, quando apud concedentem erat illa facultas concedendi, aliter non tenetur.
47. Vendens fundum, non censetur vendidisse viam, etiamsi ad talem fundum iri non poterat, si ea non est sua.
48. Pactio obscura in contractu emptionis, et venditionis, interpretatur contra venditorem.
49. Interpretatio in contractibus est facienda contra eum, qui legem contractus apertius dicere potuit, et noluit.
50. Contrahentes scientes rei emptae, et venditae statum, et formam, in qua reperiebatur tempore contractus, censentur, eam emisse, et vendidisse in ea forma, in qua erat eo tempore.
51. Venditor censetur vendere rem in eo statu, in quo reperitur tempore contractus.
52. Fistulae, licet sint extra aedes conditae, attamen emptori debentur, etiam si servitus fuerit amissa, ut infra n. 53.
53. Servitute amissa fistulae nihilominus emptori domus debentur.
54. Venditor vendens fundum, qui habebat viam a latere fundi superioris, non jure servitutis, sed dominii, quam viam emptor non ignorabat, tenetur eam concedere emptori, etsi nihil dictum sit de ea.
55. Privilegium ultimae voluntatis in materia servitutum, si aequitas suadeat, datur etiam venditioni, et emptioni.
56. Servitus viae in ultima voluntate debetur, etsi non fuerit excepta.

57. Fratres inter se dividentes bona paterna quae vivente patre omnia irrigabantur, licet in divisione nihil fuerit dictum, tamen unusquisque tenetur patientiam praestare, ut transire possit per suam portionem ad irriganda bona unicuique assignata.
58. Pater relinquendo bona filiis, ea censetur relinquere sub eadem forma, qua eis utebatur.
59. Actor limitat suam doctrinam allatam lib. 1. de aquaeductu cap. 3. qu. 13. n. 9. et seq.
60. Fratres dividentes inter se bona, quae irrigabantur mediante servitute aquaeductus per ipsos acquisita, licet nihil de ea fuerit dictum, nihilominus unus favore alterius tenetur praestare transitum.
61. L. via 25. §. quaecumque ff. de servitutibus rusticor. praedior. declaratur quomodo habeat locum, ut infra, in responsione.
62. Servitutes constituendae, vel jam constitutae, non jure servitutis, sed jure dominii, sunt magni ponderis in praestanda patientia transeundi.
63. Fratres, in communione degentes dicuntur domini bonorum communium non in solidum, sed pro parte, et pro indiviso, sicuti quoque et socii.
64. Clausula cum juribus aquarum quid importet.
65. Servitus licet sit confusa, tamen quandoque durat.
66. Dominus praedii inferioris, qui habet servitutem aquaeductus a fundo superiore, intermediante alieno fundo, si acquirat fundum illum superiorem, non amittit servitutem, pro fundo inferiori licet confusa videatur per dominii acquisitionem, itaut, si vendat fundum inferiorem emptori, ei quoque debeatur servitus aquaeductus.
67. Actor limitat doctrinam aquaeductus, allatam libro primo de aquaeductu cap. 3. quaest. 13. n. 9. et sequent. et explicat quomodo veniat intelligenda.
68. Fratres dividentes praedia inter eos communia, veluti si fuissent quatuor, et ex primo aqua scaturiret, qua cetera praedia irrigabantur, si in divisione de dicta aqua nihil dictum fuerit, an nihilominus debeatur talis aqua, cum declaratione resolvitur quaestio, si proveniret a patre, et pater eo irrigabat, etc. hic.
69. Usus patrisfamilias valde juvat ad decisionem quaestionis circa inclusionem, vel exclusionem praetensorum.
70. Fratres quatuor praedia acquisierunt in communi ex primo praedio aqua scaturiebat, qua reliqua praedia irrigabantur, facta divisione inter ipsos, nulla facta mentione dictae aquae praetendebant adhuc irrigare, an juste praetendant, an vero dominus fundi illam ab unde divertere possit.
71. Quid sit si unus, vel plures, facta divisione, adhuc continuassent irrigationem, an potuerint acquirere aquaeductus servitutem.
72. Frater an vendere possit aquam in suo fundo scaturientem, portione ei assignata in divisione, de qua in ea nihil dictum fuit, sed alii fratres perseverarunt in irrigatione, per decennium, uti faciebant quando erant in communione vide n. 75.
73. Servitus aquaeductus acquiritur in bonis alienis, concurrente scientia et patientia domini praedii servientis cum lapsu decennii.
74. Titulus non requiritur in acquirenda servitute sive viae sive aquaeductus, sed sufficit lapsus temporis 10. vel 20. annorum inter absentes.
75. Fratres supradicti in supra n. 72. nullum jus acquisierunt in aqua ab eis per decennium usa.
76. Servitus aquaeductus non acquiritur in fundo alieno, nisi interveniat opus manufactum, in eo, quo testes super hoc deponentes hoc articulate explicare tenentur.
77. Servitus aquaeductus ad hoc, ut acquiratur, requiritur, ut opus fuerit factum jure servitutis, non vero jure dominii.
78. Purgatio rivi in alieno fundo sufficit ad acquirendam servitutem aquaeductus, vel etiam rivi refectio erit sufficiens, cum scientia, et patientia domini fundi servientis, et n. seq. etc.
79. Interdictum de rivis reficiendis competit ei, qui adhuc non habet servitutem, sed tantum est in quasi possessione aquaeductus, et idem competit pro rivis purgandis.
80. Servitus aquaeductus in facultativis acquiritur praecedente inhibitione, subsequente acquiescentia, cum lapsu decennii.
81. Collatitia nunquam praescribuntur, etiam si quis per mille annos, usus fuerit, nisi aliquod opus probetur factum in fundo, cujus sunt collatitia.
82. Possessio, vel quasi jure familiaritatis, et consanguinitatis nullum jus manutenibile tribuit possessori, vel quasi.
83. Possessio jure familiaritatis, vel conjunctionis nullum parit praejudicium.
84. Et praecipue quando nullo fovetur titulo, vel quando concurrit cum titulato.
85. Possessio praesumitur semper jure familiaritatis, in eo, qui nullum habet titulum, aut habet, sed non potest probari, vel excogitari.
86. Et hoc procedit magis quando constat de titulo alterius.
87. Frater possidens totam domum cujus dimidia pars erat alterius fratris, ejusque filii continuassent in eadem possessione post mortem eorum patris, attamen dicitur possedisse jure familiaritatis non vero jure proprio.
88. Possessio dicitur jure familiaritatis, quando unus habet titulum, et alter possidet, et praecipue quando intercedit affinitas.
89. Utens re aliena praesumitur uti jure familiaritatis, non jure proprio, nisi id probetur, vel quando non potest possidere jure proprio.
90. Primogenitus ad quem spectat jurisdictio ex dispositione testatoris si permittat alios fratres concurrere ad exercitium ejusdem, non tamen sibi praejudicat, licet per aliquod longum temporis spatium perseveraverint in communione cum illo exercitio, ut ut latius hic explicatur, nam videtur eos admisisse jure familiaritatis.
91. Doctrina Caepoli affirmantis etiam si quis per quadraginta annos retinuisset stillicidium cacitans in fundo vicini, nihilominus teneatur probare se usum fuisse jure servitutis, et hoc ad statum Mediolani lib. 5. n. 4. tom. 2. ex doctrina Baratti, ut ibi hic, interpretator quando habeat locum.
92. Jura, quae competunt pro interdictis, non competunt servitutibus, ut hic explicatur.
93. Interdicta, quae competunt servitutibus exigunt, ut probetur quasi possessionem possedisse jure servitutis, seu se credere jus competere servitutis, quod secus est in servitute jam praescripta ratione differentiae vide n. sequenti.
94. Ratio differentiae, quae est inter interdicta, et servitutes, hic assignatur.
95. Intentans interdictum de itinere actuque privato debet probare se per 30. dies suum fuisse itinere: in interdicto vero de aqua quotidiana, et aestiva per unum diem, vel noctem se usum fuisse aqua, et sic de aliis singulis interdictis, ut hic explicatur.
96. Clausula, nec vi, nec clam, nec precario exigit bonam fidem in acquirenda quasi possessione, et haec probatio spectat ad acquirere volentem.
97. Usus solus non sufficit ad probandam credulitatem intentantis interdictum.
98. Modus probandi credulitatem hic assignatur per aliquas conjecturas.
99. Interdicta possessoria praescriptione non acquiruntur.
100. Divisio inter fratres facta ore tenus, sine aliqua scriptura non tollit ejus, facultatem domino fundi, in quo aqua oritur, dummodo probetur rivum factum fuisse tempore communionis, aliunde divertendi dictam aquam.

Casus sic figurari potest. Si adsint plures fratres, qui inter se diviserunt bona, inter quae aderant plures aedes, vel inter se conjunctae, vel parum ab invicem distantes, inter quas aderat una, quae habebat stillicidium cacitans in area alterius fratris, quae illi contigerat in divisione, an tunc dicatur cacitare, vel jure servitutis, vel jure dominii; praecipue si inter ipsos fratres in divisione facta per instrumentum nulla facta fuerit mentio talis stillicidii, sed simpliciter tantum facta est divisio, eo modo, quo res erat, cacitando tale stillicidium in curia, vel area illius fratris, dicatur cacitare jure servitutis, an vero jure dominii. 1

Videbatur dicendum tale stillicidium non deberi neque ratione dominii, neque ratione servitutis, ea ratione, quia si illud praetendebat, exprimendum esse videbatur ex doctrina per nos allata *lib. 1. de aquaeductu c. 3. q. 13. n. 9.* in haec verba. Declarando tamen est limitatio per doctrinam *Bartoli in l. via §. quaecumque, ff. de serv. rusticor. praedior.* veluti si facta fuerit divisio inter fratres bonorum paternorum, vel aedium, quae habebant suum aditum, vel iter, si non exprimatur, vel excipiatur expresse servitus, una pars non debet alteri inservire, si usus aliquid impediat, non obstante regula, quod servitus sit tota in toto, et tota in qualibet parte fundi, nempe ut pars, seu domus vendita, debet intelligi libera a quacumque servitute, nisi expresse fuerit imposita. *Bart. in l. quod conclave 47. n. 4. ff. de damno infecto*, et paulo inferius dicta *qu. 13. n. 11.* habuimus, haec verba, hoc etiam dictum Bart. ampliandum est, ut habeat locum in fratribus dividentibus bona, quibus debetur servitus aquaeductus; quando tamen aliquis fratrum volens propriam portionem bonorum irrigare, et necesse habeat transire per alterius fratris portionem; si in divisione nihil fuerit exceptum, etiam si dictum fuerit cum suis juribus aquarum, tamen alter frater non tenetur praestare patientiam fratri volenti propria irrigare bona. Textus fere ad litteram in *l. quidquid 11. ff. communium praediorum* in haec verba. *Quidquid venditor servitatis nomine sibi recipere vult nominatim recipi oportet, nam illa generalis receptio, quibus est servitus, ut ita sit, ad extraneos pertinet, nec ipsi venditori proficit ad jura ejus conservanda: nullam enim habuit, quia nemo ipse sibi servitutem debet.* Quin imo et si debita fuisset servitus, deinde dominium rei servitutis pervenisset ad me, consequenter diceretur extingui servitus, concordat textus *in l. in re communi 25. ff. de servitatibus urbanorum praediorum*, in haec verba. *Jure dominii, nemo dominorum jure servitutis, neque facere quidquam invito altero potest, neque prohibere, quo minus alter faciat, nulli enim res sua servit.* Et ita cum servitus stillicidii non fuerit expresse excepta, ideo neque jure dominii neque jure servitutis debetur, ita scotit *Cepola de servitut. urbanor. praedior. cap. 38. n. 2. et 3. Bart. in dicta l. quicquid*, et plures alii, quos *dicta qu. 13. citavimus*, et in casu magis dubitabili scribit *Cyriac. controvers. forens. 508. juxta textum in l. in tradendis 8. ff. commun. praedior.* et est in terminis *in tradendis aut aedibus ab eo, qui binas habet, species servitutis exprimenda est. Ne si generaliter servire dictum erit, aut nihil valeat (quia incertum est, quae servitus excepta sit) aut omnis servitus imponi debeat*, quibus tamen non obstantibus. 2 3 4 5 6 7 8

Conclusio nostra est, cum distinctione, vel agitur de aedibus a Patre in suo testamento relictis propriis ejus filiis, existentibus in eodem statu, in quo erant apud eorum patrem, videlicet cum tali stillicidio, et in eo casu cum agatur de ultima voluntate, dicendum est, talem fratrem, cui pervenit area, 9

vel curia, in qua cadit stillicidium domus alterius fratris,
tenetur servitutem stillicidii pati jure servitutis non jure do-
minii, quia consequitur aedes relictae in eodem statu, et for-
ma, in qua erant penes testatorem; probat textum in *l. 1. ff.
de servitut. legat.* haec sunt verba: *Qui duas tabernas con-
junctas habebat, eas singulis duobus legavit. Quaesitum*
10 *est, si quid ex superiore taberna in inferiorem inaedifica-
tum esset, num inferior oneri ferendo superioris tabernae
legato contineretur. Respondi servitutem impositam videri*
sequuntur verba ejusdem, *uti nunc est*, et *l. dominus esse
ab. §. qui duos ff. de usufruct. lege*, haec sunt verba. *Qui
duos fundos habebat, unum legavit, et alterius fundi usum-*
11 *fructum alii legavit. Quaero, si usufructuarius ad fundum
aliunde viam non habeat, quam per illum fundum, qui le-*
12 *gatus est, an fructuario servitus debeatur? Respond. quem-
admodum, si in haereditate esset fundus, per quem fru-
ctuario posset praestari via, secundum voluntatem defuncti
videretur id exigere ab haerede: ita et in hac specie, non
aliter concedendum esse legatario fundum vindicare, nisi*
13 *prius transeundi jus usufructuario praestet, ut haec forma
integris servetur, quae vivo testatore obtinuerit, sive donec
usufructus permanet, sive dum ad suam proprietatem re-
dierit.* Idem probat *Bartol.* et fere omnes interpretes dicta
l. 1. ff. de servitute legata, et in *l. binas, qui aedes ff. de
servitutibus urbanorum praediorum Florian. de S. Petro
ibid. Paulus de Castro ibid. Bald. ibid.* et est text. in di-
cta *l. binas, quis aedes*, et est et ipsa in terminis, quod in
14 ultimis voluntatibus censeatur constituta servitus *Cardinalis
Mantica de tacitis, et ambiguis lib. 4. tit. 16. n. 22. et Boer.
ri. dec. 322. n. 7. et n. 8. et idem probatur in l. testatrix 20.*
15 *ff. si servitus vindicetur*, in haec verba. *Testatrix fundo,
quem legaverat, casas junctas habuit, quaesitum est, si hae
fundo legato non cederent, cumque legatarius vindicasset,
an isto fundus aliquam servitutem casis deberet: aut si ex
fideicommissi causa eum sibi dari legatarius desideraret,
haeredes servitutem aliquam. Casis excipere deberent, re-
spondi debere. Et per textum in l. si fundum 83. §. qui fun-
dum ff. de legatis primo* in illis verbis. *Si vero solum quo-
que exceptum fuerit, fundus excepta villa vindicari debe-
bit, et servitus ipso jure villa debebitur*, et ita quod hanc
conclusionem res transit sine difficultate, nam semper intras
16 regula ut domus, vel aedes censeantur relictae in eo statu, in
quo permanebant apud testatorem.

17 Si vero fratres diviserunt aedes non haereditarias, sed per
eosdem constructas, et fabricatas, et in divisione nihil dixe-
runt, nec aliquid nominatim fuit exceptum, et agitur de ser-
vitute viae, vel itineris, vel actus, et de servitute aquaedu-
ctus; an teneantur pati talem servitutem, quae secundum in-
digentiam praetenditur.

18 Conclusio nostra est, non teneri servitutem pati, nisi no-
minatim fuerit excepta regulariter loquendo, sic probant te-
xtus in *l. in tradendis*, 8. *l. quicquid* 11. *ff. commun. prae-
dior.* et sunt in terminis, *l. in vendendo* 66. *pariter in ter-
minis. ff. de contrahend. empt.* Immo dato etiam casu, quod
servitus deberetur, quae licet sit tota in toto, et tota in qua-
libet parte fundi, attamen, nisi excipiatur, non debetur, *l.
via*, 23. *§. quaecumque ff. de servit. rusticor. praedior.* in
19 haec verba. *Quaecumque servitus fundo debetur, omnibus
ejus partibus debetur, et ideo quamvis particulatim venie-
rit, omnes partes sequitur: et ita, ut singuli recte agant,
jus sibi esse eundi. Si tamen fundus, cui servitus debetur,
certis regionibus inter plures dominos divisus est, quamvis
omnibus partibus servitus debeatur, tamen opus est, ut ii,
qui non proximas partes servienti fundo habebant, transi-
tum per reliquas partes fundi divisi, jure habeant, aut si
proximi patiantur, transeant.*

Hunc autem §. interpretantur *Bart. Florian. de S. Pe-
tro. Castrens.* et *Bald.* et proponunt casum inter fratres, qui
20 domum, tria solaria habentem, inter se diviserunt, et in di-
visione nihil dictum fuit de jure servitutis, exempli gratia
per scalas ascendendi, tum ad medium, tum ad supremum
solarium, scalae incipiunt in parte inferiori, et in plano, pro
ascensione ad primum solarium, et successive ad medium, et
supremum; et in specie de solariis loquitur Florian. de S.
Petro, verum, quidquid dicant supra dicti auctores, attamen
haec doctrina, sicuti, et nostra conclusio.

Declaranda venit prout infra, supponamus illa tria solaria,
quando erant communia habuisse scalam incipientem in pla-
no, in inferiori intra domum constructam, vel ex lapidibus,
vel ex assibus, et pervenientem ad primum solarium, succes-
sive, se obliquantem versus solarium medium, iterumque se
obliquando pro ascendendo ad supremum, secute divisione
inter ipsos fratres, vel dominos, in ea nulla facta fuit mentio
dictae scalae; secundum doctrinam, et dicta §. et doctorum,
ut supra, dicendum videbatur, non teneri dominum primi
solarii praestare patientiam, ut dominus medii, et successive
supremi, ascendere possit per dictam scalam, quia erat ex-
pressim id excipiendum.

Verumtamen declarando *dictum §. et doctrinam ut supra* 21
diximus eam non habere locum in praesenti casus figuratio- 22
ne. Et antequam procedamus ad probationes pro hac nostra
declaratione, est advertendum, et diligenter notandum, divi-
sionem similem esse emptioni *leg. 1. c. communia utriusque
judi. etc.* haec sunt verba. *Divisionem praediorum vicem
emptionis obtinere placuit.* Hoc supposito fundamento, ita
nobis est discurrendum. Attenta contignatione scalae usque
ad supremum solarium, prout in figuratione casus dictum
est, intrat dispositio, *lege binas quis aedes* 35. *cum l. se-
quen. ff. de servit. urbanor. praedior.* in haec verba. *Binas* 23
*quis aedes habebat, una contignatione tectas: utrasque di-
versis legavit. Dixi, quia magis placet posse eorum tignum
esse, ita ut certae partes cujusque sunt contignationis ex
regione cujusque domini tigna fore: nec ullam invicem ha-
bituros actionem, jus non esse immissum habere: nec inte-
rest pure utrasque, an sub conditione alteri aedes legatae
sunt.* Sequuntur modo verba *l. sequen.* quae ampliat istud
dictum etiam in contractibus dicendo. *Idemque esse, et si
duobus aedes vendiderit.* pro quibus legibus *Bart.* ibidem 24
habet hoc compendium. *Si aedes legantur, vel vendantur,
videtur actum, ut contignationes, uti stent, ita stent* Quod
compendium omnes interpretes ad dictas leges communiter
approbant. Certum est autem, ut in facto dictum est, di- 25
ctas scalas habere suas contignationes, sive sint constructae
ex lapidibus, sive ex assibus; hoc unum est, sunt junctae pa-
rietibus dictorum solariorum. Quapropter velit, nolit domi-
nus inferioris solarii, tenetur pati, alios dominos uti hujus-
modi scala, seu scalis in suo loco inferiori, ut possint ire ad
solaria superiora.

Hoc autem confirmatur ex. *l. si venditor* 39. *§. firmus ff.
de actionibus empti, et venditi*, argumento deducto a pari-
tate rationis in haec verba. *Firmus a Proculo quaesiit, si* 26
*de plumbeo castello fistulae sub terram missae aquam de-
ducerent in aquam lateribus circumstructum, an haec, ut
ja cta fixaque, aedium essent: an ut septa, cumque non
essent aedium, ille rescripsit referre, quid actum esset.
Quid ergo, si nihil de ea re, neque emptor, neque venditor* 27
*cogitaverunt, ut plerumque in hujusmodi rebus evenire so-
let? nonne propius est, ut inserta, et inclusa aedificio,
sic partem ejus existimemus esse* Notentur modo verba illa
in fine §. *nonne proprius est, ut inserta, et inclusa aedi-* 28
ficio, sic partem ejus existimamus esse.

Idem comprobatur ex. *l. fundi* 18. *§. labeo ff. de actio-
nibus empti et venditi*, cujus haec sunt verba. *Labeo gene-* 29
raliter scribit, ea, quae perpetui usus causa in aedificiis 30
*sunt, aedificii esse, quae vero ad praesens, non esse aedi-
ficii, ut puta fistulas temporis quidem causa positae non
sunt aedium, verumtamen, si perpetuo fuerint positae, ae-
dium sunt. Castello plumbea putealia, epistomia fistulis
applumbata, aut quae terra continentur; quamvis non
sint fixa aedium esse constat. Item constat sigilla, colu-
mnas quoque, personas aquarum nostris aqua salire solet,
villae esse. Ea, quae ex aedificio detracta sunt, ut repo-* 31
*nantur, aedificii sunt. At quae parata sunt ut imponan-
tur, non sunt aedificii. Pali, qui vineae causa parati sunt,* 32
*antequam collocentur, fundi non sunt; sed qui exempti
sunt hac mente, ut iterum collocentur, fundi sunt.* Ex quo
textu deducitur efficax fundamentum pro nostra conclusio-
ne, quod ea quae sunt destinata ad usum perpetuum ae-
dificii, licet de eis non fuerit facta expressa mentio in con-
tractu, attamen cedunt emptoris beneficio, etiam si fuerint
aliquando remota, cum intentione tamen illa reponendi,
prout contingit in palis respectu vineae, qui si fuerint parati
pro vinea antequam collocentur, non sunt emptoris, si ve-
ro fuerint exempti e vinea, ut iterum reponantur, veniunt in
emptione, et cedunt ipsi emptori, licet sint extra vineam.
Ita in casu nostro venit dicendum de scala, quae fuit desti-
nata ascendendi causa ad tria solaria, licet enim in divisione
favore dividentium non fuerint exceptae, attamen, quia erant
destinatae ad usum trium solariorum perpetuo, licet una
scala sit in portione unius, et de ea facta nulla fuerit mentio,

ut per eam posset ascendi, nihilominus debetur ascendere volenti, licet non sit in ejus portione; causa enim inclusionis est perpetua destinatio.

Secundo probatur haec nostra declaratio ex, *l. item* 3. §. *qui habet ff. de servit. rusticor. praedior.* Argumento deducto a paritate rationis, ubi habentur haec verba. *Qui habet haustum iter, quoque habere videtur ad hauriendum,*
33 *et (ut ait Neratius lib. 3. membranarum) sive ei jus hauriendi, et adeundi concessum sit, utrumque habebit, sive tamen hauriendi inesse, et aditum, sive tantum adeundi ad fontem, inesse, ut haustum, haec de hausto ex fonte privato.* Si ergo quis acquisivit aquae haustum nulla facta mentione itineris ad aquae haustum, nihilominus ita debetur e-
34 tiam si nihil dictum sit, ea ratione, quam adducit *Bart. in d. §. qui habet*, videlicet. *cui conceditur aliquid, videtur, concedi id, sine quo illud esse non potest*; ita ut quamvis iter posset aliunde habere, attamen, qui concessit haustum, censetur. etiam concessisse iter, vel e contra, si concessit iter eundi ad fontem, censetur etiam concessisse aquae haustum, quia unum alteri inservit. ut ex verbis ejusdem §. manifeste apparet. Sic idem venit dicendum de solario, assignato enim solario, negare non possumus, quin etiam censeatur concessa scala, per quam itur ad solarium. cum hujusmodi scala ad eum effectum fuerit constructa, licet de ea nihil fuerit dictum.

Tertio probatur nostra declaratio ex *l. qui fundum* 40. §.
35 *in lege fundi ff. de contrahend. empt.* in haec verba. *In leg. fundi aquam accessuram dixit. quaerebatur, an etiam iter aquae accessisset? Et respondit sibi, videri id actum esse: et ideo iter quoque venditorem tradere oportere*, licet ergo venditor in contractu dixerit, aquam accessuram, non tamen promisit iter pro aqua ducenda, et tamen resolvit Paulus *in d. §.* teneri venditorem, quoque iter aquae praestare, ergo a paritate rationis, idem venit dicendum de scala respectu solariorum, medii, et supremi.

Neque obstat, si dicatur, in eo §. agi de servitute aquaeductus, nam aqua accedere non potest, nisi mediante rivo, qui est aquae iter, exemplo etiam servitutis aquae haustus, prout supra dictum est, nam concesso aquae haustu, censetur quoque concessum iter, vel e contra, concesso itinere ad fontem, censetur quoque concessus aquae haustus, ut est textus *in d. §. qui habet haustum, supra in 2. probatione*, ideo ratione servitutis unum trahit ad se alterum, et per consequens cessare videtur paritas.

Nam respondetur, aquam esse quid diversum a rivo, et rivum ab aqua, ad cujus comprobationem, adducam ea, quae scripsi, *lib. 2. de aquaeductu cap. 9. quaest.* 34. *n. 2. et sequent.* in haec verba. Notandum est, duo posse considerari
36 in aquaeductus servitute. Primum ipsam aquam. Secundum ipsum rivum, haec enim inter se valde differunt. Aliud enim
37 est aqua, aliud rivus. Textus ad literam *in l. si partum*, 19. *ff. quemadmod. servitut. amitt.* videlicet. *Rivus est iter*
38 *aquae, quia nullum iter aquae fuit, sed manet mihi jus in-*
39 *tegrum, quod si fecissem iter, nec usus essem, amittam.* Quapropter licet praescribatur servitus itineris, non tamen praescribitur aqua, quae est corpus differens ab ipso itine-
40 re, excitato textu. Nec enim sola aqua est sufficiens ad constituendam servitutem, sed totum proveniat ex aquae itinere, quia facto rivo, licet usus non fuerim, neque per eum aquam duxerim, nihilominus statim perfecto rivo mihi competit actio confessoria ad agendum contra quoscumque impedire me volentes aquam ducere, et ita demonstrant illa verba, *nihil juris amitto*. Enim vero, si factus fuisset rivus,
41 et numquam eo usus fuissem, amisissem jus illud rivi, jus
42 autem refertur ad actionem, et privatio supponit habitum, ita eleganter *Faber in suis rationalibus ad hunc textum, et fortius Castrens. ad eumdem textum n.* 2. explicando verba textus in haec verba.
43 *Antequam rivum facerem, sic non erat adhuc constituta servitus, sed competebat mihi actio ex vendito, ut constitueretur.* Et sic notatur, quod servitus aquaeductus, non incipit, antequam fiat rivus, per quem ducatur, et idem videtur in qualibet alia servitute, ad cujus usum requiritur, quod aliquod opus fiat in re serviente, puta tigni immittendi, quia requiritur, quod fiat foramen, et antequam fiat,
44 servitus non potest dici constituta, sed remanet actio perso-
45 nalis, quae non potest tolli, nisi praescriptione 30. vel 40. annorum, *l. omnes c. de praescript.* 30. *vel* 40. *ann. haec Castrens.* ex quibus clare infertur, aquam differre a rivo, immo rivum esse principale, aquam vero accessorium, et quod dicitur de aquaeductu, et id quod dicitur de aquae haustu, idem venit dicendum de scalis, nam sicuti haustus non potest esse sine itinere, ita solaria sine scalis esse nequeunt; licet aliquando aquae haustus concedatur sine itinere, ut recte advertit *Florian. de Petra in d. l. item sic d. §. qui habet n.* 2. in haec verba. *Nota etiam, quod in concessione haustus, accedit etiam aditus: quod credo pro-* 46
cedere, quando ista facultas eundi erat apud concedentem ubi autem non erat, an concedens teneatur ad illud, dic quod non, si concessio non erat obligatoria, videlicet si non se obligasset ad iter, et hoc demonstrant, ejusdem verba paulo inferius ex *l. in vendendo, ff. de contrahend. empt. ubi patet* (haec sunt ejus verba,) *quod si vendo fundum,* 47
non videor vendere viam, sine qua non potest iri ad fundum, si illa non est mea. et ita cessare videtur objectum, contradictum §. *in l. fundi*, sive quia adhuc non erat constituta servitus, sed erat constituenda, sed erat locus dubitationi. an deberetur iter idcirco J. C. in dicto §. *in lege fundi*, voluit ut venditor praestaret quoque iter, esto de eo nihil dictum fuerit. Ratio autem decisionis erat, quia verba
illa (*aquam accessuram*) sunt obscura, et dubiosa. Pa- 48
ctio autem obscura interpretatur contra ipsum venditorem, ad favorem emptoris probat textus in *l. cum in lege* 33. *ff. de contrahend. emption.* in haec verba. *cum in lege venditionis ita sit, scriptum: flumina, vel stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint; nec additur. quae flumina, vel stillicidia primum spectari oportet, quod actum sit. Si non id appareat: tunc id accipitur, quod venditori nocet, ambigua enim oratio est.* Quod autem illa verba sint obscura, id demonstratur, quia possumus dicere, *aquam accessuram*, quoties ipse emptor aquae iter praeparaverit, cum simus in servitute aquaeductus, in qua regulariter loquendo parare iter, spectat ad acquirentem servitutem, ut notorium est. Et possumus intelligere, si venditor promisit aquam accessuram, teneatur quoque parare iter, adhoc, ut aqua accedere possit, et ideo accipitur, id, quod nocet venditori, cum clarius le-
gem contractus dicere potuerit, et non dixit *l. veteribus* 40. 49
ff. de pactis, in haec verba. *Veteribus placet, pactionem obscuram vel ambiguam, venditori, et ei qui locavit, nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere*, concordat text. in *l. Labeo* 21. *ff. pariter, de contrahenda emptione*, dicendo. *Labeo scribit obscuritatem pacti nocere potius debere venditori. qui id dixerit, quam emptori, quia potuit re integra apertius dicere.*

Et applicando active passivis idem venit affirmandum in
casu nostro, cum enim dividentes dicta tria solaria scirent, 50
per scalas obliquatas ascendi, nec alias scalas adfuisse crediderunt, concessam etiam fuisse facultatem possessori medii solarii, necnon et alteri supremi ascendendi per dictas scalas, et hoc maxime procedere debet attenta doctrina *Bart. in l.* 1. *ff. de servitute legata n.* 2. in haec verba. *Hic vero loquitur de domo sustinente onus servitutis habentis causam continuam, unde testator videtur imponere, quod habeat causam permanentem. Et idem crederem in venditione domus, ut videatur imposita servitus, ut sustineat onera permanentia, quae in ipso actu sustinebat, maxime* (notentur haec verba.) *Si contrahentes hoc sciebant l.* 1. *in fin. §. de actionibus empti, et venditi. Idem Bart. in l. Binas quis aedes* 35. *ff. de servitutibus urbanorum praediorum, ibi ut contignationes, ita stent. uti stant. Castr. ibid. n.* 3. *et*
Bald. ita ut venditor censeatur vendere domum in forma, 51
in qua reperitur, et in eo statu, quo idem venditor utebatur.

Diximus supra, divisionem similem esse emptioni *l.* 1. *c. communia utriusque judicii.* Dum ergo dominus inferior, medius, et supremus, scirent adesse solummodo illam scalam juxta figurationum casus, ut supra, censentur obligare voluisse dominum inferiorem, praestare patientiam ascendendi per dictas scalas, ideo cum dominus inferior nihil exceperit, lex contractus, seu divisionis est interpretanda contra dictum dominum inferiorum, qui legem clarius dicere potuit, et non dixit, maxime quia dictae Scalae habentur pro una contignatione, et sunt destinatae ad illa solaria, et perpetuo sunt affixae ut supra diximus.

Nec obstat si opponatur scalam solarii inferioris esse ipsius domini inferioris, et per consequens uti extra portiones aliorum dominorum non teneri pati talem servitutem ad formam *l. in tradendis* 8. *et l. quidquid* 11. *ff. communia praediorum.* Respondetur enim illud procedere, quando servitus est constituenda neque apparere possunt vestigia imponendae servitutis, veluti si aderat via non jure servitutis, sed jure dominii ut in-

fra dicemus in prima limitatione, et ibi vide, seu etiam quando non adest, vel aditus, vel aliqua conjunctio cum fundo dominante, ut est in nostro casu, imo licet sit extra solaria, nihilominus debetur, quando illud est praeparatum pro fundo vendito, seu diviso, ut probat text. in *l. si aquaeduct.* 47. *ff. de contrahenda emptione*, dum habet haec verba. *Si aquaeductus debeatur praedio: jus aquaeductus transit in emptorem, etiam si nihil dictum sit, sicut et ipsae fistulae, per quas aqua ducitur*, etiam si fistulae sint extra aedes pro-
52 bat text. *in l. licet* 48. *eodem tit. dicendo licet extra aedes sint*.

Nec obstat, si dicatur, illud procedere in servitute jam constituta, secus autem in casu nostro, in quo adhuc non erat
53 constituta. Nam respondetur, et si fuerat constituta tamen servitus fuerat amissa, nihilominus fistulae extra aedes positae debentur emptori, text. *in l. et quamquam* 49. *ff. eod. tit. de contrahenda emptione*, in haec verba. *Et quamquam jus aquae non sequatur, quod amissum est, attamen fistulae, et canales dum subsequuntur, quasi pars aedium ad emptorem perveniunt, et ita Pomponius lib. 10. putat.* Hinc, cum jus aquae fuerat amissum cessavit servitus, et tamen fistulae cedunt emptori, non alia ratione nisi, quia fistulae illae, et si extra aedes, tamen sunt partes ipsius domus, ita a paritate rationis, idem est dicendum in casu nostro, nam licet facta divisione scala inferior non sit ipsorum dominorum superiorum, attamen, quia videntur partes aedium, nihilominus debentur, quod magis confirmatur hoc dictum per ea, quae infra sequuntur.

Ampliatur pariter nostra declaratio pro solariis, ut habeat
54 etiam locum in fundo vendito non excepto servitute viae, itineris, vel actus pro eundo ad fondum emptum, quoties in fundo, superiori a latere ejusdem, adesset via vel actus, qui inserviret fundo empto tantum non jure servitutis, sed jure dominii, quia res sua sibi non servit, et per eam transisset emptor cum ipso venditore ad videndum fundum emendum, eo in casu teneri venditorem etiam talem viam, vel actum emptori cedere, eti edocto, et non ignoranti eam esse viam deservientem fundo empto, quia illa est ad usum dicti fundi perpetuo destinata, hinc intrat regula, venditorem vendidisse fundum cum eadem via, et emptorem pariter eam emisse prout erat apud venditorem, a paritate de eo, quod diximus supra de stillicidio, et prout loquitur *l. si venditor.* 59. *§. firmius ff. de action. empt. et vendit. supra n.* 26. *et seqq. et l. fundi* 10. *§. Labeo ff. eodem tit. ibid.*, et in hoc casu intrat doctrina *Baldi in l. in vendendo* 66. *ff. de contrahend. emption.* ubi dixerat *in versic. si autem aditum*, ubi si adest aditus, ille venit praestandus, licet postea
55 hoc dictum repudiet, uti (ait ipse) non conformis legibus tamen in fine habet, haec verba, *vel dic idem in venditio-*
56 *ne, quod in ultima voluntate, nota* (est verbum Baldi) *si aequitas sit.* In ultima voluntate servitus viae, vel itineris debetur etiam si non fuerit excepta *l. 1. ff. de servit. legat.* ergo idem est dicendum in venditione, si aequitas id suadeat, hinc cum simus in contractu bonae fidei, et jam appareat via, vel aditus, alias non jure servitutis, sed jure dominii facta alienatione aditus seu via jure servitutis debebitur.

57 Ampliatur secundo; ut multo magis habeat locum in servitute aquaeductus, quae a patre fuit bonis suis acquisita, quo mortuo, licet filii per longum tempus steterint in communione, si postea contingat inter ipsos divisio dictorum bonorum, et in divisione nihil dictum fuerit de servitute aquaeductus, tamen unusquisque fratrum pati tenetur alterum fratrem transire per suam portionem cum suo aquaeductu, supposito semper pro certo omnia ea bona vivente patre fuisse
58 irrigata quia pater censetur unicuique assignasse suam portionem, prout erat apud ipsum patrem, qui omnia bona irrigabat ad formam *dictae l. 1. ff. de servitut. legat.* et per ea quae *supra n. 11. et sequent.* diximus, quae huc veniunt repetenda, ad confirmationem praesentis ampliationis, et haec ampliatio non patitur aliquam difficultatem, et per hanc
59 limitantur, quae diximus in principio nostrae quaestionis, ubi attulimus doctrinam traditam *in 2. lib. de aquaeduct. c. 3. qu. 13. n. 9 et sequent.* affirmando, unum fratrem favore alterius non teneri praestare transitum per suam portionem ad irrigandam ejus bonorum partem, quia hoc est privilegium ultimae voluntatis, et pro comprobatione hujus nostrae propositionis videnda sunt, quae diximus *n.* 9. hoc eadem quaestione.

60 Ampliatur tertio, ut habeat etiam locum in servitute aquaeductus, aquisita per ipsos fratres in communione degentes, si postea dividantur bona inter ipsos, quae bona omnia irrigabantur mediantibus rivis in dictis bonis divisis factis, nam licet in divisione nihil fuerit exceptum, neque expressum, ut unus posset transire per portionem alterius, nihilominus unus frater favore alterius tenetur praestare patientiam, ut exempli gratia frater respectu suae portionis inferioris possit transire per rivum superiorem ejusdem fratris ex doctrina jam superius allata de via, vel itinere, vel actu.

Nec obstat, si dicatur servitutem esse totam in toto et totam in qualibet parte fundi dominantis, quia nihilominus in divisione, hoc erat exprimendum, etiam si adesset servitus, et hoc extra dentes probat textus *in l. via* 23. *§. quae-* 61
cumque ff. servitutibus rusticorum praediorum in haec verba. *Quaecumque servitus fundo debetur, omnibus ejus partibus debetur, et ideo quamvis particulatim venierit, omnes partes servitus sequitur, et ita ut singuli recte agant, jus sibi esse eundi. Si tamen fundus, cui servitus debetur, certis regionibus inter plures dominos divisus est, quamvis omnibus partibus servitus debeatur, tamen opus est, ut ii, qui non proximas partes servienti fundo habebant, transitum per reliquas partes fundi divisi jure habeant; aut si proximi patiuntur, transeant.*

Nam respondetur id procedere, quando servitus, seu rivus non esset constructus, et esset necesse impedire usum portionis debentis servire, ut notat *Bartol. in compendio*, cae- 62
terum, ut in casu nostro, cum jam sit constructus rivus, qui ducit aquam ad omnes portiones fratrum non impeditur usus, neque aliquod damnum infert, et hoc idem venit dicendum de servitute viae, vel itineris, vel actus prout diximus in ampliatione respectu itineris, seu viae; quae aderat a latere fundi superioris, et inserviebat solummodo fundi inferiori vendito, non jure servitutis, sed jure dominii, prout etiam ve- 63
nit dicendum de rivo in bonis fratrum adhuc non divisis, nam rivus ille non jure servitutis, sed jure dominii inserviebat ad irriganda bona communia, eo quod fratres, vel socii in communione degentes dicuntur domini non in solidum, sed pro parte, tamen pro indiviso *l. pupillus* 239. *§. verbum ff. de verborum significatione, et l. 1. §. domini ff. ad Silanianum*, prout diximus supra divisionem esse similem emptioni *ex l. 1. c. communia utriusque judicii*, et sicuti, venditor censetur vendere rem in eo statu, in quo reperiebatur tempore contractus, et praecipue quando contrahentes totum sciebant, et non ignorabant, ex doctrina superius allata, ita idem venit dicendum in divisione, cum fratres sciebant statum, in quo reperiebantur bona, nam quandoque ut supra diximus, partes ipsae non advertunt ad omnia, sive quia hic concurrit aequitas, ut supra ex doctrina Baldi sive ex aliis doctrinis ut supra, et hoc magis, procedere debet si fratres in divisione, in assignanda portione cuilibet dictum fuerit cum suis juribus aquarum, quo in casu non 64
est locus dubitationi, *in l. qui fundum* 40. *§. in lege fundi ff. de contrahenda emptione*, in haec verba. *In lege fundi* 65
aquam accessuram dixit: quaerebatur an etiam iter aquae accessisset, et respondit sibi, videri id actum esse, et ideo iter quoque venditorem tradere oportere. Si enim quis promisit aquam accessuram, tenetur ad iter ita et fratres inter se dividentes cum appositione dictae clausulae cum suis juribus aquarum, censentur etiam inter se promisisse, ut unusquisque patiatur aquam ducere, per suam portionem ad portionem aliorum fratrum inferiorum.

Nec valet, si opponatur, servitutem aquaeductus, quando defluebat in bonis communibus licet ante ingressum bonorum communium dicatur servitus, tamen postquam est ingressa bona communia, confunditur, quia res propria sibi non servit *l. in re communi* 25. *ff. de servitutibus urbanorum praediorum*, in illis verbis. *Nulli enim res sua servit.* ideo cum non dicatur servitus, neque fratribus debetur. Nam respondetur, licet sit confusa, quia res sua sibi non servit; attamen debetur jure servitutis, textus est ad literam *in l. trin praedio* 31. *ff. de servitutibus rusticorum praediorum* in haec verba.

Tria praedia continua trium dominorum objecta erant; 66
unius praedii dominus ex summo fundo, imo fundo servitutem aquae acquisierat, et per medium fundum, domino concedente, in suum agrum ducebat: postea idem summum fundum emit: deinde imum fundum, in quem aquam induxerat vendidit. Quaesitum est, num imus fundus id jus aquae amisisset; quia cum utraque praedia ejusdem domini facta essent, ipsa sibi servire non potuissent? Negavit amisisse servitutem: quia praedium, per quod aqua

ducebatur alterius fuisset. Et quemadmodum servitus summo fundo, ut in imum fundum aqua veniret, imponi aliter non potuisset, quam ut per medium quoque fundum duceretur: sic eadem servitus ejusdem fundi omitti aliter non posset, nisi eodem tempore, etiam per medium fundum, aquae duci desiisset, aut omnium tria simul praedia unius domini facta essent.

Ex quo textu apparet, quod licet dominus fundi inferioris emerit fundum superiorem, ubi incipiebat servitus aquaeductus, licet factus sit dominus ejusdem fundi, non tamen fuit amissa servitus aquaeductus, quia ratione medii fundi, per quem aqua transibat jure servitutis, fuit conservata, eo quod talis medius fundus serviret, uti alienus. Hinc cum dominus fundi inferioris eum vendiderit, tamen illi debetur servitus, licet alias idem fundus una cum superiori esset ejusdem domini. Quamobrem, cum servitus aquaeductus debita bonis paternis, eis fuisset debita jure servitutis, licet fratres alias inter se bona essent communia, tamen facta divisione, servitus aquaeductus debetur cuilibet portioni, etiam si in divisione hoc non fuerit nominatim expressum juxta
67 sensum hujus textus, quare venit limitanda doctrina superius deducta in principio quaestionis *ex nostro lib. 1. de aquaeductu cap. 3. qu. 13. n. 9. et sequentibus*, quam etiam limitavimus, et declaravimus *lib. 3. de aquaeductu cap. 13. et ult. qu. 3. n. 7. usque in finem.*

68 Caeterum quando servitus aquaeductus non deberetur bonis paternis jure servitutis, forsan quia essent tria, vel quatuor praedia, primum, secundum, tertium, et quartum, et ex primo fundo scaturiret aqua, qua fratres utebantur ad irriganda alia bona inferiora, cum in eo casu dicta aqua non duceretur jure servitutis, tunc, quotiescumque fratres divisissent bona, nulla facta mentione talis aquae, cum non fuerit nominatim hoc expressum, videbatur dicendum, eam aquam non deberi.

Veruntamen non ita absolute est admittenda haec declaratio adducta, nisi cum distinctione, videlicet si ea bona, vivente patre, solita erant irrigari per eam, tunc cum intret dispositio ultimae voluntatis, nihilominus eadem bona sunt irriganda,
69 cum sit attendendus usus patris-familias, qui in simili materia multum juvat pro decisione quaestionis, vel dubii de qua materia plenarie loquitur *Cardinal. Tusc. in litera V. concl. 364 per totam conclusionem. castrens. in l. si partem 25. ff. de servitut. rusticor. praedior. Castill. de conjectur. ultim. volunt. tom. 4. cap. 62. sub n. 7. Surd. cons. 195. volum. 2. Albericus in dicta l. si partem in 2. oppositione* junctis auctoritatibus, quas superius adduximus, ad probandum, legatario deberi servitutem, etiam si testator nihil dixerit de servitute, quia hoc est privilegium ultimae voluntatis *dicta l. 1. ff. de servitute legata.*

70 Quid autem esset dicendum, si bona fuissent acquisita, per fratres in communione degentes, supponamus esse pariter quatuor praedia, in primo superiori aqua scaturiebat, qua mediante reliqua praedia irrigabantur; an idem esset dicendum, quod in superiori dictum est, si a patre pervenissent, quatenus in divisione nihil fuisset dictum de aqua, ut singulis praediis deberetur, eo nihilominus esset praestanda?

Conclusio nostra est negativa per doctrinam superius allatam in principio quaestionis, si enim praetendebant servitutem aquaeductus, illam exprimere tenebantur, *per l. quicquid. 11. ff. commun. praedior. et per l. in vendendo 66. ff. de contrahend. emption.* et cum de ea nulla facta fuerit
71 mentio, in divisione, ergo eis est imputandum. Quid modo licet nihil fuerit dictum in instrumento divisionis de tali
72 aqua; sed dicti fratres per aliquod temporis spatium usi fuerint dicta aqua scaturienti in dicto primo fundo, portione alterius fratris, veluti per decennium, vel etiam vicennium, et frater ille, dominus dicti fundi vellet vendere dictam aquam vel aliis locare, ut fieri solet, an contradicentibus caeteris fratribus illam vendere, vel locare alicui extraneo posset, non obstante tanti temporis lapso.

Prima facie videbatur dicendum, caeteros fratres acquisivisse servitutem aquam ducendi pro irrigatione suorum bonorum in divisione assignatorum ad formam text. *in l. si aquam 2. c. de servit. ut aqua, et in leg. si quis diuturno usu 10. ff. si servit. vindicetur.* verba *l. 2.* haec sunt. *Si*
73 *aquam per possessionem Martialis eo sciente, duxisti; servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti. Quod si ante id spatium ejus usus interdictus est, frustra sumptus in eam rem factus praestari tibi postulas, cum in aliena possessione operis facti dominium, quod in eadem causa manet, ad eum pertinent, cujus est possessio* verba *l. si quis diuturno*, haec sunt. *Si quis diuturno usu, et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus sit, non ei* 74
necesse est docere de jure, qua aqua constituta est: veluti ex legato, vel alio modo: sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot, usum se non vi, non clam, non precario possedisse. Sed in praesenti casu adest scientia, et patientia domini aquae scaturientis, adest tempus a jure constitutum, ad acquirendam servitutem, nec vi, nec clam, nec precario possessum est, cum ut supponitur, rivus jam fuerat factus vivendo in communione, et dominus aquae permisit eam per tale tempus defluere; ergo idem dominus non poterit eam aquam aliunde divertere in praejudicium fratrum, dicta aqua utentium, licet haec urgere videantur: attamen in contrarium est veritas.

Conclusio nostra est nullum jus acquisivisse in ea aqua, et 75
successive nullam servitutem, non obstante tanti temporis lapsu, et haec conclusio pluribus probatur, et comprobatur fundamentis.

Quorum primum est, ut interveniat opus manufactum in 76
fundo domini aquae, sine quo acquiri nequit servitus. hoc est ut fiat rivus in fundo alieno superiori *Rot. Rom. diversorum, dec. 164. sub n. 2. p. 2. Bundens. respons. 12. sub n. 72. et sequent. vol. 2. Bart. in l. 1. §. sed hoc interdicto. n. 9. ff. de itiner. actuque privat. Aym. de antiquit. tempor. part. 4. vers. circa praemissa, n. 39. Cyriac. controv. forens. 310. n. 6. vol. 2. Ripa in l. quominus sub n. 88. ff. de flumin. Riminald. jun. cons. 86. n. 3. Bursat cons. 156. n. 35. vol. 1.* ubi constanter tenet hanc esse circumstantiam articulate probandam, et quando adducuntur testes, eos teneri explicare in suis depositionibus, et haec doctrina sine difficultate transit.

Nec valet, si dicatur, eum rivum factum esse in fundo domini, in quo aqua erumpit, et successive defluit in praedia inferiora ipsorum fratrum, quia satis dicitur rivus in alieno superiori fundo ad acquirendam servitutem factus.

Respondetur dictum rivum factum fuisse tunc temporis, 77
non jure servitutis, sed jure dominii, quia ut supra diximus, quilibet fratres, vel socius erat dominus rei communis pro parte tantum, non insolidum ex juribus supra citatis *n. 63. hac eadem quaest.* et ideo ad probandam servitutem acquisitam fuisse jure servitutis, requiritur, ut probent post divisionem, aliud opus esse factum, praeter illum rivum, nempe, tenentur probare, se talem rivum purgasse in fundo, ubi 78
aqua erumpit; vel rivum refecisse, quia hi actus important dominii servitutem, licet interdictum de rivis purgandis, vel reficiendis competat illi, qui non habet jus servitutis, textus 79
ad literam *in l. §. hoc interdictum competit. ff. de rivis.* postquam enim Ulpianus *in d. l. 1.* agit de iis, qui habent jus servitutis aquae ducendae, sequitur dicendo de iis qui non habent jus servitutis, in haec verba. *Hoc interdictum competit etiam ei, qui jus aquae ducendae non habet: si modo aut priore aestate, aut eodem anno aquam duxerit; cum sufficiat, non vi, non clam, non precario duxisse.* Et titolus ille de rivis est de rivis reficiendis, vel purgandis probat principium *d. l. 1.* dicendo *Praetor ait, rivos, specus, septo reficere, purgare, aquae ducendae causa etc. Alba cons. 299. n. 4. ut 5.* et hoc transit sine difficultate. Constat autem, dictos fratres nunquam purgasse rivum in fundo domini aquae scaturientis, nec aliquos actos fecisse in eo fundo superiori per quos possit demonstrari factos fuisse jure servitutis, vel saltem si probatum fuisset, aliquando dominum aquae voluisse aliunde divertere dictam aquam, et per fratres prohibitum fuisse, prohibitionique acquievisse cum lapsu decennii, accedente ejus patientia, quo in casu fuisset acquisita servitus *glos. Magistralis in l. 1. in princ. cod. de servit. et aqua Bartol. in l. si prius 150. in 7. opposit. versic. Nec obstat ff. de operis nov. enunt. Cassaneus in consuetud. burgund. rub. 11. §. 2. n. 9. et seq. Guid. Pap. quaest. 631. n. 13. Jason. in l. quominus n. 31. et 65. ff. de flumin. Bertrand. cons. 329. vol. 2. n. 4. Cephal. cons. 130. n. 6. Nicol. Bullon. cons. 1. n. 15. et cons. 8. n. 15. Cravet. cons. 111. n. 22.*

Secunda quia talis aqua defluebat jure facultativo, in quo 80
nunquam currit praescriptio, nisi praecedat inhibitio cum acquiescentia, et lapsu decennii *Rota Rom. diversorum decis. 297. sub. n. 4. et 5. part 2. Gregor. XV. decis. 162. n. 16. in annotat. post. de manutenendo observat. 33. n. 28.* de hoc autem nihil constat, ideo nec ex hoc capite potest dici acquisita servitus, prout diximus de collatitiis, quae nun-

81 quam praescribuntur, etiamsi per mille annos quis usus fue-
rit *Menoch. cons.* 8. *n.* 3. *et* 4. *Honded. cons.* 79. *lib.* 1. *n.*
49. *et* 50. licet enim fratres usi fuerint hujusmodi aqua per
aliquod temporis spatium, non propterea acquisierunt ali-
quod jus servitutis, cum nullos actus fecerint, ut supra, qui-
bus posset probari servitus.

Tertio cum isti fratres usi fuerint dicta aqua per longum
tempus, ille usus fuit jure familiaritatis, vel potius consan-
82 guinitatis, quod nullum jus tribuit considerabile, et manu-
tenibile *text ad litteram in leg. qui jure* 41. *ff. de acquir.
vel amitt possess.* ibi. *Qui jure familiaritatis amici fundum
ingreditur non videtur possidere, quia non eo animo in-
gressus est, ut possideat, licet corpore in fundo sit.* Quod
autem intercedat jus consanguinitatis de hoc non est dispu-
tandum, quia ex evidentia facti constat, et propterea illa pos-
83 sessio nullum praejudicium infert *Past. de manutenendo
observat.* 54. *ubi n.* 1. hocque magis habet locum, quando
84 concurrit cum titulata possessione, ut ibi *n.* 5 9. *et* 10. habet
85 haec verba. *Praesumiturque semper possessio jure familia-
ritatis, in eo, qui nullum jus habet, seu titulum. vel quod
habeat, non constat, nec excogitari potest.* Et hoc praeci-
86 pue procedit, quando constat de titulo alterius et praecipue
inter affines. In praesenti autem casu dominus aquae habet
titulum ex instrumento divisionis, ex quo apparere potest
tale praedium, in quo aqua errumpit, eidem fuisse assignatum
in divisione nulla facta espressione dictae aquae: hinc cum
dicta aqua non fuerit nominatim expressa, ut dimittenda es-
set defluere ad favorem aliorum fratrum, consequentia est
certa, nullum jus competiisse dictis fratribus utendi dicta aqua,
idem probat *Surd. cons.* 260. *n.* 17. *vol.* 2. in casu magis
dubitabili, ubi quis possidebat domum, et eo mortuo ejus
87 filii inhabitabant dictam domum, tamen ille possidebat jure
familiaritatis non autem jure proprio, ex quo constabat do-
mum ad eam spectare solum pro dimidia, et aliam medieta-
88 tem ad alterum fratrem. Et quando unus habet titulum, et
alter possidet, praesumitur jure familiaritatis possidere. *Ex
dicta l. qui jure familiarit.* et ibi *Bartol. Angel. Imol.
Rom. Castrens. ff. de acquiren. possess.* qui dicunt facilius
procedere quando intercedit affinitas, et ponunt exemplum
inter fratres de quibus loquitur *Angel. in l. assiduis c. qui
potiores in pignore habeantur. Menoch. de arbitrariis ju-
dicium casu* 160. *n.* 15. *et ex Curt. Alciat. Cravet. Gozad.
et alii, ut apud eumdem Surdum videri potest.* ubi refert
dictum generale *Innocen. in c. bonae il grande post prin-
cipium, de postulat. praelatorum,* quod qui utitur re aliena
praesumitur facere jure familiaritatis, nisi probet, quod usus
est jure proprio *Abb. idem* dicens. quod nunquam praesumi-
89 tur possidere jure propria, quando potuit possidere jure fa-
miliaritatis ea *Castrens. in dicta l. qui jure* 8. *n. secundo
versic. et allegatam,* et fortius stringit *Castrens. cons.* 179.
n. 4. *vers. item non obstat, quod postea volum.* 1. ubi dicit
90 quod etiam jurisdictio ex dispositione testatoris, spectet in so-
lidum ad fratrem primogenitum, tamen, si simul cum aliis
fratribus longo tempore actus faciat jurisdictionales, non vi-
detur jurisdictionem aliis communicasse, sed ad exercitium
jurisdictionis videtur eos admisisse ea quadam familiaritate
fraterna, quod dictum *idem Castrens. in dicta leg. qui jure
familiari* 51. *n.* 2. *ff. de acquirenda possessione* in haec ver-
ba. *Per istam legem dixi his duobus consulendo, cum domi-
nus quarumdam terrarum habens tres filios disposuerit in
suo testamento, quod primogenitus habeat dominium solus,
et alius habeat providere secundum condecentiam de vita
ipsorum, accedit quod post mortem isti fratres steterunt
in bona concordia, et simul per xx. vel xxx. annos,
et simul ponebant officiales in illis terris, ac si domi-
nium ad omnes aequaliter pertinuisset postea venerunt ad
discordiam, et cum primogenitus diceret dominium ad se
solum pertinere, virtute testamenti, alii dicebant, quod illi
juri renuntiaverant, ex quo passus erat alios simul cum eo
ponere officiales; contrarium dicebam, quia non videtur
hoc passus animo renuntiandi, nec etiam hoc fecisse ani-
mo quaerendi dominium: sed potius causa fraternitatis,
et bonae concordiae, et familiaritatis per istam legem,
postquam constaret de jure primogeniti, quod notat In-
nocentius, eleganter in cap. bonae, in grande post prin-
cipium de postulatione praelatorum, ubi dicitur, quod de-
bet constare, quod ille, qui utitur re aliena, fuerit usus tan-
quam jure proprio, vel sibi debito, ut sibi acquiratur, alias
videtur usus jure familiaritatis, et hoc comprobat per l.* 1.
§. Aristo de aqua quotidiana, et aestiva. cujus haec sunt
verba. *Aristo putat, eum demum interdictum hoc habere,
et utitur, et per textum in l. finali ff. quemadmodum servi-
tutes amittantur* in haec verba. *Servitute usus non videtur,
nisi is, qui suo jure uti se credidit. ideoque si quis pro via
publica, vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum,
nec actio utilis competit.*

Et secundum hanc nostram conclusionem ut supra potest 91
habere locum doctrina Carpani ad Statuta Mediolani 339. *n.*
4. *tom.* 2. ubi affirmat per doctrinam *Bursati cons.* 111. *n.*
16. *tom.* 1. (licet loquatur de stillicidio,) quando quis per
annos quadraginta retinuit stillicidium casitans in fundo vi-
cini, eveniente casu, dominum servientem, nolle amplius
pati similem servitutem; ad hoc ut dominus possit obtinere,
ac sustinere se habere servitutem acquisitam per lapsum tan-
ti temporis, tenetur probare, se per tale tempus usum fuisse
stillicidio jure servitutis, alias succumbet, quando scilicet
intrat jus familiaritatis, et consanguinitatis tunc poterit intrare
sententia dictorum doctorum, secus si loquamur de stillicidio
inter extraneos, et vicinos in quibus non cadit jus familiarita-
tis, et consanguinitatis, tunc nedum requiruntur 40. anni,
sed sufficiunt decem inter praesentes, et 20. inter absentes.
Cum scientia, ac patientia adversarii ad acquirendam servi-
tutem ad formam textus *in d. l.* 2. *c. de servitut. et aqua,* et *in
d. l. si quis diuturno* 10. *ff. si servit. vend. supra n.* 73. *et
sequent.* adductorum etc. absque alia probatione, demonstran-
do se non vi, non clam, non precario quasi possedisse, non
quod probetur usus jure servitutis. Errant enim in hoc, et
Carpanus, et Bursatus usurpando doctrinam. quae competit
interdictis, pro doctrina competente servitutibus.

Aliud enim est loqui de servitutibus, aliud de interdictis; 92
servitutum enim acquisitio fundatur *in d. l.* 2. *et d. l. si
quis diuturno,* in quibus nec verbum quidem de probando
usu jure servitutis. Sunt enim interdicta pro servitutibus 93
competentia, quae requirunt illam specificam clausulam, *se
usum fuisse jure servitutis,* ad formam textus *in l.* 1. *§. ca-
put aquae, vers. sed si jure,* et *in §. Aristo putat. ff. de
aqua quotidiana, et aestiva,* verba *§. caput* haec sunt. *Sed,
et si jure aqua non debetur alicui: cum non in jure, sed in
facto erraverit, dicendum est eoque uti posset. Sufficit enim,
si jure se ducere putavit, nec vi, nec clam, nec precario
duxit,* verba *§. Aristo,* haec sunt *Aristo putat eum demum
interdictum hoc habere, qui se putat suo jure uti, non eum
qui scit, nullum se jus habere et utitur.* Ratio autem dispa- 94
ritatis, inter interdicta, et servitutes, haec est, quia exempli
gratia in intentando interdictum de itinere actuque privato, 95
sufficit probare, se per triginta dies per fundum vicini ivisse
l. 1. *§. hoc interdictum* versic. *Sive igitur habuit jus viae,
sive non habuit, in ea conditione est, ut ad tuitionem prae-
toris pertineat, si modo hoc anno usus est, vel modico tem-
pore, id est, non minus, quam triginta diebus.* Et interdi-
ctum de aqua quotidiana, et aestiva datur ei, qui una die,
vel una nocte aquam duxit, *l.* 1. *§. quod autem ff. de aqua
quotidiana, et aestiva.* in haec verba. *Quod autem scriptum
est in hoc interdicto. Uti hoc anno aquam duxisti, hoc est,
non quotidie, sed hoc anno, vel una die, vel una nocte.* In-
terdictum vero de rivis sufficit si anno praeterito, vel prae-
senti duxerit *l.* 1. *hoc interdictum ff. de rivis,* haec sunt
verba. *Hoc interdictum competit etiam ei, qui jus aquae
ducendae non habet: si modo aut priori aestate, aut eodem
anno aquam duxerit: cum sufficiet non vi, non clam, non
precario duxisse.*

Non est igitur conveniens, ut per modicum tempus quis
acquirere possit quasi possessionem utendi interdicto, sive
itineris, sive aquae quotidianae, sive de rivis, nisi quoque 96
probet fundamentum, quo credere potuit, sibi jus competere
utendi servitute, sive itineris, sive aquae quotidianae, vel ae-
stivae, sive rivi; videlicet debet probare se possedisse, vel qua-
si sciente, et patiente adversario, quae probatio inservit ad
probandam bonam fidem, prout important verba interdicti
sive de itinere, sive de aqua quotidiana, ut *in l.* 1. *ff. de
aqua quotidiana etc.* quando praetor dixit, *uti hoc anno
aquam, qua de agitur, nec vi nec clam, nec precario ab il-
lo duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto.* Onus enim
probandi, non vi, non clam, non precario quasi possedisse,
spectat ad ipsum acquirere volentem servitutem, ut probat
Bart. in dicta l. 1. *in. §. hoc interdicto ff. de itiner. actu-* 97
que privat. nec sufficit solus usus, ait *Bart.* quem sequitur
Angel. ibidem n. 5. *et sequent. Gloss. ibidem* in verbis *usus
sit,* sed requiritur, ut probetur se jure servitutis usum fuis-
se, quod siquidem tenetur probare, cum sit fundamentum

suae intentionis: hoc est debet probare se aliquando audivisse a quibusdam fide dignis, quod sibi competeret jus eundi, vel aquam ducendi, ut latu, et fusius probat *Bart. loco supra cit. et nos loquuti sumus lib. 1. de aquaeductu capit.*
98
99 *7. quaest.* 9. et ad ibi dicta me remitto, et fusiusquoque dicemus, quando agemus de servitute itineris, vel actus, deo dante. Hinc constat magnam esse disparitatem inter servitutes, acquirendas, et interdicta; nam servitutes quandoque acquiruntur per usucapionem, vel praescriptionem, quandoq; acquiruntur per contractum, et quandoque per ultimam voluntatem. Sed interdicta de itinere, actuque privato, vel de aqua quotidiana, vel aestiva praescriptionem non recipiunt, nec per se acquiruntur, sic probatur ex *dicta l. 1. dicto* §. *hoc interdicto ff. de itinere actuque privat.* in haec verba. *Hoc interdicto praetor non inquirit, utrum habuerit servitutem jure impositam, an non, sed hoc tantum, an itinere, actuque hoc anno, usus sit, non vi, nec clam, non precario*, concordat pariter textus *in l. 1.* §. *quod autem, et* §. *Deinde ait praetor. et* §. *Quod autem ff. de aqua quotidiana, et aestiva*, et redeundo ad casum nostrum ad quem effectum adduximus doctrinam Carpani, et Bursati.

Diximus inquam fratres, qui usi sunt ea aque, etiam per quadraginta annos, cum intret praesumptio familiaritatis, et consanguinitatis, et praecipue titulus divisionis per instrumentum factae, constet de titulo dominii aquae de qua in instrumento nulla facta fuit mentio, neque nominatim excepta fuit servitus aquae, ideo nullo modo dici potest eos acquisivisse servitutem aquaeductus.

100 Quin imo, etiam si divisio facta fuisset absque aliqua scriptura, licet oretenus, vere et realiter sequuta fuerit hujusmodi divisio, attamen si constiterit rivum dictae aquae factum fuisse tempore communionis, ita etiam per quadraginta annos aque defluxerit favore fratrum, non propterea dici poterit acquisita servitus aquaeductus, nisi fratres probent, talem rivum purgasse in fundo domini aquae, vel ibidem ejus ripam reparasse, ex doctrina superius hac eadem quaestione allata, *in versic. Conclusio nostra est cum sequentibus*, et praecipue cum simus in facultativis, prout etiam diximus de collatitiis, quae per longissimum tempus defluxerunt in rugiam vicini, quibus, et ipse utebatur; nam nisi fuerit factum aliquod opus in fundo, a quo proveniunt collatitia, nullum jus considerabile acquiritur, testatur *idem Bursat. consil.* 87. *n.* 20. *volum.* 1. *et idem consil.* 277. *pariter n.* 20. *vol.* 3. *Cyriac. controvert. forens.* 179. *n.* 14. *vol.* 1. *et idem controvers* 310. *n.* 155. *et sequent. Jason. in l. quo minus n.* 172. *ff. de fluminibus, et in l.* 1. *sub n.* 82. *ff. de acquirendu possessione.*

QUAESTIO XXV.

An venditor, vendens domum, cum hac clausula; stillicidia, uti nunc sunt, ut ita sint, importent servitutem passivam stillicidii, an vero activam, vel utramque.

SUMMARIUM

1. Venditor vendens domum, cum hac clausula, *stillicidia, uti nunc sunt, ut ita sint*, an videatur vendidisse domum dominantem, et servientem, an vero solum dominantem, an vero utramque.
2. Jura realia transeunt cum ipsa re in acquirentem, etiam si de eis nihil dictum sit.
3. Verba, *stillicidia, uti nunc sunt, ut ita sint*, sunt verba generalia.
4. Verba generalia apta sunt comprehendere majora expressis.
5. Venditor vendens domum, seu aedes, si dixerit, *aedes servas fore* non tenetur eas liberas tradere.
6. Venditor vendens aedes, cum illa clausula, *servas fore aedes* potest suis aedibus servas facere, vel etiam vicino, si id faciat ante traditionem.
7. Venditor vendens fundum dicendo illum debere servitutem Titio, valebit talis concessio, si Titius talem servitutem constituerit, secus si aliis concesserit, tenetur ex empto.
8. Venditor in vendendo dicens emptori fundum tradendum servire Titio, cum si adhuc non serviret, esset solum obligatus Titio servitutem praestare, et agere poterit contra emptorem, ut servitutem imponat.
9. Venditor certus, ne servitus Titio debeatur, in fundo vendito illam excepit, non tenetur actione ex vendito quoties servitutem non promisit.
10. Indefinita aequipollet universali.
11. Clausula, *stillicidia, uti nunc, ut ita sint*, importat solummodo servitutem activam, non autem passivam, nisi aliud sit in contrarium dictum.
12. Pactum ambiguum, vel obscurum contra venditorem interpretatur, et accipitur, quod venditori nocet.
13. Venditor in tradendo fundum dicens perfunctorie, itinera, actus, quibus sunt, ita sint, non tenetur de evictione, sed quia decepit emptorem tenetur empti judicio.
14. Interpretatio fit in ambiguis contra proferentem.
15. Venditor sciens fundum venditum esse servum non admonens emptorem, tenetur actione empti, et venditi erga emptorem dummodo emptor fuerit ignarus, nam si non ignorasset, lauti minoris esse scit.
16. Venditor, quando dicatur celare servitutem.
17. Venditor in venditione, ut sibi caveret dixerit, nullam quidem debere servitutem, verum ne incommoda servitus emergat, non tenetur, nihilominus tenetur ex empto, si servitus debebatur, et scivit.
18. Qui scit non est certiorandus.
19. Clausula, *servas fore aedes*, includit servitutes passivas non autem activas.
20. Venditor, si in venditione dicat, servam fore domum, potest imponere servitutem domui venditae, quam maluerit favore tertii, tamen ante traditionem, nam post traditionem dicitur aliena.
21. Venditor si per errorem, aut oblivionem liberam tradat domum, tunc ei datur actio ex vendito contra emptorem, vel ut patiatur servitutem imponi, vel ut ipse imponat.
22. Venditor in venditione domus dicens eam servam esse, si tempore contractus non sit serva, eam servam facere non potest.
23. Clausula, *aedes fore servas*, differt a clausula, *aedes servas esse*. Nam prima reservat jus, secus vero secunda.
24. Legatum factum cum demonstratione temporis praesentis differt a legato facto cum demonstratione futuri temporis.
25. Verbum, *meum*, praesens, non futurum tempus demonstrat.
26. Ex dicendis non fit illatio.
27. Indefinita tunc aequipollet universali, quando militat eadem ratio, secus si diversa ut hic.
28. Promissor habet pro se juris praesumptionem, ut minus censeatur obligatus, quam sit possibile.
29. Summa in dubiis ad minimum redurenda est.
30. Interpretatio in stipulationibus debet fieri favore promissoris contra stipulatorem.
31. Pactum ambiguum contra venditorem est interpretandum.
32. Generalitas quando inducit obscuritatem, tunc exceptio, vel reservatio debet specialiter fieri.
33. Verba quando habent duplicem intellectum, et secundum unum valet dispositio, et secundum alium vitiatur tunc est intelligendus actus secundum eum, in quo valet.
34. L. veteribus ff. de pact. et l. Labeo ff. de contrahend. emption. declarantur, quando habeant locum circa interpretationem actus contra venditorem, vel locatorem.
35. Interpretatio in dubiis est facienda, ut potius actus valeat, quam pereat.
36. Praesumptio legis non adaptatur ad infirmandum, sed potius ad confirmandum.
37. Praesumptio validitatis actus potentior est, et praevalet aliis praesumptionibus, ut ibi declaratur.
38. Verba expressa in contractu, quae possunt sapere servitutem, in dubio intelliguntur de servitute activa.
39. Emptor, qui emit aedes cum illa clausula, *stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint*, sciens adesse stillicidia passiva, ratione scientiae etiam servitutes passivae includuntur.
40. Emptor emens equum sine oculis stipulans generaliter de sanitate equi, cum habens praesentem non stipulatur pro sanitate oculorum, sed de caeteris partibus qui.
41. Venditor vendens fundum alienum emptori scienti, non tenetur de evictione, nisi illam expresse promiserit.
42. Venditor vendens domum, affectam servitute passiva emptori scienti servitutem, si stipulatus scit non esse affectam servitute passiva, nihilominus ipse venditor tenetur.

Casus est, quis habebat domum, illam vendidit, et in venditione, venditor apposuit illam clausulam, *stillicidia, uti nunc sunt, ita sint*. Stipulato instrumento, factaque traditione, emptor invenit, domum emptam habere servitutem stillicidii passivam, videlicet debet servire domui vicini ad recipiendum ejus stillicidium, quaerebatur an venditor esset liberatus, an vero teneretur ad aliquid ipsimet emptori. 1

Quod emptor teneatur talem servitutem pati licet passivam, 2
ex eo probatur, quia jura realia transeunt sine aliqua specificatione in acquirentem, et domus empta, est affecta servitute stillicidii passiva, ut quamvis venditor illam tacuisset, nihilominus servitus durat, cum res transeat cum suo onere *l. si aquaeductus* 47. *ff. de contrahendu emptione, et clarius in l. quod ad servitutes* 75. *ff. de evictionibus*, et ideo in hoc casu emptor eam servitutem pati debet, et praecipue, cum in venditione adsint illa verba generalia, *stillicidia, uti nunc sunt, ita sint*, important servitutem passivam, eo quod 3
verba generalia apta sint comprehendere etiam majora ex- 4
pressis. *Augustinus Barbosa in axiomatibus juris* 222. *n.* 36. *et* 37. ubi copiose, imo id clare probatur *ex l. si in venditione* 7. *ff. communiae praediorum*, ex qua, si venditor dixisset, servas fore aedes, quas vendidit, non habet necesse, liberas tradere, haec sunt ejus verba, quae cum plures referat casus, qui aliquo modo concurrunt cum praesenti, eam hic per extensum referam.

Si in venditione quis dixerit, servas fore aedes quas ven- 5
dit, necesse non habet liberas tradere, quare vel suis aedi- 6
bus eas servas facere potest, vel vicino concedere servitutem, ante traditionem. Plane si Titio servitutem concesse- 7
rit, absolutus est, si vero alii concesserit, ex empto tenebitur. A quo abhorret, quod Marcellus lib. 6. *Dig. scribit:*

8 *si quis in tradendo dixerit, fundum Titio servire, cum ei*
non serviret, esset autem obligatus venditor Titio ad servi-
tutem praestandam, an agere possit ex vendito, ut emptor
servitutem imponi patiatur praedio, quod mercatus est?
Magisque putat permittendum agere. Idemque ait, et si
possit venditor Titio servitutem vendere, aeque agere per-
mittendum. Hoc ita demum, si excipiendae servitutis gra-
tia, id traditione expressum erit. Caeterum si quis (inquit)
9 *veritus num servitus Titio debeatur, idea hoc excepit, non*
erit ex vendito actio si nullam servitutem promisit.

Paria sunt, vel esse videntur, stillicidia, *uti nunc sunt,*
10 *ut ita sint*, ac dicere *servas fore aedes*, nam illa verba im-
portare videntur propositionem indefinitam, quae aequipol-
let universali, ut notant interpretes *in dicta l. si in vendi-*
tione 7. ff. commun. praedior. videlicet includere in se viden-
tur servitutem, nedum activam, sed etiam passivam ut stillici-
dia sive recipiantur in domo empta, sive recipiantur in aedi-
bus vicinorum, cum habeant talem aptitudinem, ut in utra-
que servitute, tam activa, quam passiva verificari possint.
Quibus tamen non obstantibus.

Conclusio nostra est clausulam illam, stillicidia, *uti nunc*
11 *sunt, ut ita sint*, importare solummodo stillicidii servitutem
activam, hanc conclusionem probat text. *in l. si arborem* 16.
§. haec lex. ff. de servitut. urban. praedior. in haec verba.
Haec lex traditionis, stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint:
hoc significat, impositam vicinis necessitatum stillicidio-
rum excipiendorum: non illud, ut etiam emptor stillicidia
suscipiat aedificiorum vicinorum: hoc igitur pollicetur ven-
ditor: sibi quidem stillicidiorum servitutem deberi, se autem
nulli debere. Quae de stillicidio scripta sunt, etiam in cae-
teris servitutibus accipienda sunt: si in contrarium nihil
nominatim actum est. Concordat pariter textus *in l. cum in*
lege 33 *ff. de contrahend. empt.* in haec verba. *Cum in lege*
venditionis, ita scriptum sit. Flumina, vel stillicidia, uti
nunc sunt, ut ita sint: nec additur, quae flumina, vel stil-
licidia; primum spectari oportet quid actum sit. Si non id
appareat: tunc id accipitur, quod venditori nocet. ambigua
12 *enim oratio est.* Concordat text. *in l. in contrahenda* 133. *ff.*
de reg. juris. Et est ad literam, concordat text. *in l. qui li-*
bertatis 69. *§. sed si. versic. sic. et qui fundum ff. de evi-*
ction. in haec verba. *Sic et qui fundum tradiderit: et cum*
13 *sciat certam servitutem deberi, perfunctorie dixerit, itine-*
ra, actus, quibus sunt, ita sint, recte recipit, et evictionis
quidem nomine se liberat. sed quia decepit emptorem, empti
judicio tenetur. Concordant pariter interpretes in dict. *§. haec*
lex, et in dicta *l. cum in lege ff. de contrahenda emptione,*
videlicet *Bart. Bald. Castrens. Florian. d. S. Petro. Ful-*
gos. non alia ratione, nisi quia hujusmodi verba continent
14 aliquam ambiguitatem, et in ambiguis interpretatio fit contra
proferentem, et praecipue contra venditorem *dicta l. in con-*
trahenda venditione ut supra *l. veteribus ff. de pactis*, Hinc
verba illa, *stillicidia, uti nunc sunt, ut ita sint.* possunt re-
ferri ad stillicidia activa, et passiva, et cum pactum sit ambi-
guum capienda est illa interpretatio, quae nocet venditori et
prodest emptori, et includantur solum stillicidium actum.

Non obstant modo ea quae fuerunt in contrarium adducta,
nam in primis jura realia utique transeunt cum ipsa re ven-
dita in emptorem, etiamsi de eis nulla facta fuerit mentio ad
formam text. *in dicta l. si aquaeductus*, sed in hoc non con-
sistit difficultas proposita, quaestio est, an in eo casu, quan-
do adsunt servitutes jam constitutae, emptor teneatur susti-
nere hujusmodi servitutes virtute illius pacti ambigui, ut
15 *stillicidia uti sunt, ut ita sint*, ex eo quod, si emptor non
ignorasset tales servitutes passivas, non fuisset emptorus tanti
fundum illum, quanti emerat, sed tanti minoris, ideo vendi-
tor tenetur actione empti, et venditi, text. *in l. prima §. ven-*
ditor, ff. de action. empt. et vendit. in haec verba. *Vendi-*
tor, si cum sciret deberi servitutem, celavit, non evadet ex
empto actionem, si modo eam rem emptor ignoravit. Omnia
enim, quae contra bonam fidem fiunt, veniunt in empti actio-
nem. Cujac. in termin. in comment. pandect. ff. urbanor.
praedior. lib. 18. *tit.* 4. *in l. si quis duas in §. si in vendi-*
tione sub litera B. et C et quia Ulpianus in *eodem §. di-*
scurrit de materia servitutum, quae contingere saepenumero
potest quando venditor decipere, vel obscure loqui vult, ad
decipiendum emptorem, ideo non me piget, hae referre ejus
verba, quae valde utilia sunt, sequitur ergo dicens. *Sed sci-*
16 *re venditorem, et celare, sic accipimus, non solum, si non*
admonuit, sed et si negavit servitutem istam deberi, cum
17 *esset ab eo quaesitum. Sed et si proponas, eum ita dixisse.*
Nulla quidem servitus debetur, verum, ne emergat innopi-
nata servitus. non teneor, puto eum ex empto teneri, si ser-
vitus debebatur, et scivit. Sed et si id egit, ne cognosceret
emptor aliquam servitutem deberi opinor eum ex empto te-
neri. Et generaliter dixerim, si improbato more versatus
est in celanda servitute, debere eum teneri, non si securi-
tati suam prospectae voluit. Haec ita vera sunt si emptor
ignoravit servitutem, quia non videtur esse celatus, qui
scit: neque certiorari debuit, qui non ignoravit. 18

Hinc quando venditor in lege contractus dixit, *stillicidia,*
quae nunc sunt, ut ita sint, non expressit servitutem passi-
vam, sed activam tantum, obscure enim locutus est, ideo
quodammodo videbatur celandi animo servitutem passivam
sub involucro verborum exprimere voluisse; hinc clausula
illa interpretatur, ut solum contineat stillicidia activa, hoc
est, ut domus empta habeat servitutem in fundo vicini, ubi
cavitare debet stillicidium domus emptae. Ideo, si reperian-
tur stillicidia cavitantia in solo domus emptae, tenetur ven-
ditor ipsimet emptori ex empto, qui si scivisset adesse ser-
vitutem passivam, minoris emisset. Se excusabat quidem ven-
ditor cum emptore dicendo, se generaliter loquutum fuisse,
et propterea videbatur inclusa servitus passiva, sed *§. haec*
lex traditionis, resolvit contrarium, quia tenebatur apertius
loqui, ita erudite discurrit *Castrens. in d. §. haec lex tra-*
ditionis, et ita non sunt verba generalia, sed verba obscura,
regula autem est, obscura interpretanda esse contra eum,
qui apertius legem dicere potuit, et non dixit.

Ad textum autem in *l. si in venditione*, dicendum est non
obstare nostrae conclusioni. Enim vero, licet generaliter lo-
quatur, et includat servitutes, quae magis erunt proficuae re-
servanti, tamen illa generalitas includit servitutes passivas 19
tantum, non autem activas, nam verba illa, *servas fore ae-*
des, demonstrant teneri pati servitutem, vel recipiendi stil-
licidium, vel ne altius tollantur, vel ne luminibus officiatur,
et sic indicant illa verba, *servas fore aedes*, eas debere, aliis
aedificiis servitutem, non autem eas habere servitutem acti-
vam, et ita cum illa verba referantur ad passivas servitutes,
nihil inferri potest contra nostram conclusionem loquentem
de servitute activa, stantibus supra adductis.

Quare si venditor in venditione domus, dixit servam fore,
potest quidem imponere servitutem domui venditae, quam 20
maluerit, imo poterit imponere servitutem etiam in favorem
tertii, sed haec venit per venditorem constituenda ante tra-
ditionem rei venditae, non post; quia tunc est aliena. Ita
eleganter *Cujac. in l. si quis duas* 6. *§. si in venditione. Ver-*
sic. Quaeritur nunc quid fiat, sub litera B. in haec verba.
Quaeritur nunc quid fiat, si quis dixerit in vendendo fun-
do aedes servas fore, et nondum eas tradidit, si aedes eo
tempore non fuerint servae; quaero an poterit eas servas
facere, an liberas praestare, lex ait eum posse servas face-
re suis aedibus: potest etiam ante traditionem earum ae-
dium. quas dixit, servas fore, vicino servitutem constitue-
re, vel vendere. Recte ante traditionem, quia traditione alie-
nae fiunt, sequitur postea dicendo. *Quaero quid juris sit,* 21
si per errorem, aut oblivionem liberas tradiderit. Hoc casu
datur ei actio ex vendito, ut patiatur emptor servitutem im-
poni aut ipse imponat leg. si tibi, 8. *ff. de action. empt.* haec
sunt verba. *Si tibi liberum praedium tradidero. cum servien s*
tradere deberem, etiam condictio incerti competit mihi, ut pa-
tiaris eam servitutem. quae debuit imponi, concordat text. *in*
l. si binarum, 34. *ff. de servitut. urban. praedior.* in haec ver-
ba. *Si binarum aedium dominus dixisset. eas quas venderet*
servas fore, sed in traditione non fecisset mentionem servitu-
tis, vel ex vendito agere potest. vel incertum condicere, ut
servitus imponatur, l. sed et si me putem 22. *§. cum iter,*
ff. de condict. indebiti. Cum iter excipere deberem, fundum
liberum per errorem tradidi, incerti condicam, ut iter mihi
concedatur.

Aliud autem esset dicendum, si venditor in vendendo dixis- 22
set, *aedes servas esse*, an si liberae sint, eas servas efficere
possit; respondetur negative, ea ratione quia quando dixit, 23
aedes servas fore, jus sibi reservat, secus autem quando di-
xit servas esse, probat textus, *in l. scribit* 36. *§. item scribit,*
ff. de auro et argent. legat. ubi legatum factum cum demon-
stratione praesentis temporis alienatione rei non extinguitur 24
ipso jure, sed ope exceptionis, si alienatio est voluntaria, se-
cus, si necessaria. Item secus si legatum est factum cum de-
monstratione futuri temporis, sed clarius explicatur per te-
xtum *in l. si ita* 8. *ff. eod. tit. de auro, et argent. legat* ubi
habentur haec verba. *Si ita legatum esset, vestem meam,*

argentum meum damnas esto dare: id legatum videtur, quod
testamenti tempore fuisset. Quia praesens tempus semper
intelligitur, si aliud comprehensum non sit. Nam cum di-
xit, vestem meam, argentum meum, hac demonstratione,
25 meum, *praesens non futurum tempus ostendit.* Cum ergo
dixerit venditor, aedes servas esse, cum haec verba referan-
tur ad tempus praesens ejusdem contractus, et aedes non re-
periantur servae, sed liberae, ideo servitus postea constitui
non poterit, cum per illa verba nullum jus sibi reservaverit.
Quare idem comprobat eadem, *l. si in venditione* exemplo
venditoris, qui tempore contractus dixit domum venditam
Titio servam fore, eo in casu valet reservatio, et servitus ve-
nit constituenda. demonstrant verba ejusdem legis, in eo
versic. *Plane si Titio servas fore dixit, si quidem Titio ser-*
vitutem concesserit, (scilicet ante traditionem) *absolutum*
est. Si vero alii concesserit, ex empto tenebitur. Si vero di-
xerit domum, vel fundum Titio servire, cum adhuc non ser-
viret, sed esset obligatus venditor Titio, ad servitutem prae-
standam, sunt verba ejusdem legis, ut agere possit ex ven-
dito, ut emptor servitutem imponi patiatur praedio, quod
mercatus est, *magisque putat*, (sunt verba l.) *permittendum*
agere, et ita habemus ad unguem in *d. l. si in venditione*
explicatam, nec in obolo officere nostrae conclusioni; quia
in omnibus casibus ob eadem lege adductis, loquitur de ser-
vitute passiva tantum, non vero de activa.

Et per consequens cessat paritas ex adverso adducta, quod
sit idem dicere, *servas fore*, ac dicere *stillicidia uti nunc*
sunt, ut ita sint, nam haec verba licet possint referri, nedum
ad servitutem activam, sed etiam passivam, attamen cessat
26 paritas, eo quod ex diversis non possit fieri illatio *l. Papi-*
nianus 11. *ff. de minor.* in illis verbis, *quid enim commune*
habet delictum cum venia aetatis, ubi etiam *Bart. Surd.*
cons. 150. *n.* 94. *lib.* 1.

Nec obstat, quod hujusmodi verba videantur indefinita, ut
comprehendant quodcumque genus stillicidiorum, tam acti-
vorum, quam passivorum; quia respondetur tunc indefinitam
27 aequipollere universali, quando eadem militet ratio, secus
vero quando diversa ut notat, *Augustinus Barbos. de Axio-*
mat. juris 103. *n.* 2. Enim vero pro comprehendenda servi-
tute passiva stillicidii resistit legis dispositio, quando enim
agitur de augenda promissoris obligatione, nisi de ea expresse
appareat, interpretatio est facienda contra stipulatorem, qui
legem clarius poterat dicere, et non dixit; sive quis minus
28 censeatur obligatus promissor quam sit possibile, juxta te-
xtum in *l. semper*, 35. *ff. de regul. juris. semper in stipu-*
lationibus, et in caeteris contractibus id sequimur, quod
actum est. Unde si non appareat, quid actum est: conse-
quens erit, ut id sequamur, quod in regione in qua actum
est, frequentatur. Quid ergo si neque regionis mos appa-
29 *reat, quia varius fuit. Ad id, quod minimum est, redigen-*
da summa est, et *l. quicquid* 99. *ff. de verbo. obligat.* in il-
lis verbis *id nisi palam verbis exprimatur, omissum esse in-*
30 *telligendum est: aut certe secundum promissorem interpre-*
tamur: quia stipulatori liberum fuit, verba late concipere,
31 et est regula juris, pactionem ambiguam contra venditorem
esse interpretandam. *l. in contrahenda*, 133. *ff. de regul.*
juris, seu ut dicit *Florian. de S. Petro in l. in tradendis*,
ff. commun. praediur. et rusticor. in vers. *Nota ergo, quod*
32 *cum, ratione generalitatis inducitur obscuritas: exceptio*
vel reservatio, quae fit, debet esse specialis, et *n.* 2. admo-
33 net circa hanc regulam, *quando verba habent duplicem in-*
tellectum, et secundum unum valet dispositio, et secundum
alium vitiatur, debet intelligi actus secundum intellectum,
in quo valet, *l. quoties, cum ibi notatis*, 80. *ff. de verbo.*
obligat. ibi. *Quoties in stipulationibus ambigua oratio est,*
commodissimum est id accipi, quo res, de qua agitur, in
tuto sit. At in praesenti valet dispositio in utroque casu, quia
illa verba, *stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint*, possunt re-
ferri tam ad activas, quam passivas servitutes, ideo interpre-
tatio fieri debet contra proferentem, ut intelligantur tantum
34 de stillicidiis activis, non vero passivis; quae declaratio limi-
tat *leg. veteribus ff. de pact.* et *l. labeo ff. de contrahend.*
empt. et hoc est etiam, quod voluit dicere *Decius de regul.*
juris in l. in contrahenda, 132. *n.* 4. et 5. quod in dubio
35 debet fieri interpretatio, ut actus valeat, quam pereat; prae-
36 sumptio enim legis, non adaptatur ad infirmandum, sed po-
tius ad confirmandum, quod agitur; immo ait *Dec. ibid. n.*
37 7. *vers. nota*, quod praesumptio validitatis actus potentior
est, et praevalet aliis praesumptionibus, cum additionatori-
bus in litera D. verbo praevalet: cum ergo in utroque sensu
verba illa, *stillicidia* etc. tum in activa, tum in passiva ser-
vitute, secundum textum *in d. §. haec lex d. l. si arborem* 38
ff. de servitut. urban. praedior. et ita concludit *Florian. in*
d. §. haec lex, dicendo nota ergo quod verba expressa in
contractu, quae possunt sapere servitutem, in dubio intelli-
guntur de servitute activa, non passiva.

Limitanda tamen est nostra conclusio, ut etiam si adsint 39
illa verba, *stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint*, nihilomi-
nus contineant servitutem passivam; quando emptor sciebat
aperte adesse servitutes passivas stillicidiorum: probat textus
in d. l. 1. *§. et generaliter ff. de action. empt. et vend.* in
versic. *Haec ita vera sunt, si emptor ignoravit servitutem,*
quia non videtur esse celatus, qui scit: neque certiorari de-
buit, qui non ignoravit. concordat textus pariter *in l. ea quae.*
43. *in versic. quaedam, ff. de contrahend. empt.* in haec
verba. *Quaedam etiam pollicitationes, venditorem non obli-*
gant, si ita in promptu res sit, ut eam emptor non ignora-
verit, veluti si quis hominem luminibus effossis emat, et de 40
sanitate stipuletur. Nam de caetera parte corporis potius
stipulatus videtur, quam de eo, in quo se ipsum decipiebat.
idem confirmat *Castrens. in lib.* 1. *§. venditor, sub n.* 1. in
illis. *Si autem emptor scierit, venditor in nullo tenetur*, con-
cordat pariter textus *in l. si fundum*, 27. *de evictione* in
haec verba. *Si fundum sciens alienum, vel obligatum com-* 41
paravit Antonochles, neque quicquam de evictione conve-
nit: quod eo nomine dedit, contra juris poscit rationem.
Nam si ignorans, desiderio suo juris forma negantis hac
reddi, refragatur. Concordat pariter textus *in l. si tamen*,
48. *versic. de aedilitiis ff. de aedilit.* in haec verba. *In ae-*
dilitiis actionibus exceptionem opponi aequum est. Si emptor
scierit de fuga, aut vinculis, aut caeteris rebus similibus,
ut venditor absolvatur.

Sublimita hanc doctrinam, vel melius declara, si emptor
sciens, domum emptam esse servam, stipulatus fuerit, cum
venditore, eam non debere servitutem passivam, tunc, et in
eo casu venditor tenetur ratione servitutis argumenta dedu-
cta a paritate rationis, *ex dicta l. si fundum, jam mox*
extensam, et per textum *in l. apud Celsum* 4. *l. item labeo*
scribit ff. de dol. mal. et met. except. in haec verba. *Item* 42
labeo scribit, si quis fugitivum esse sciens emerit servum,
et stipulatus fuerit fugitivum non esse; deinde agat ex sti-
pulatu: non esse eum exceptione repellendum, quoniam hoc
convenit: quamvis ex empto actionem non haberet, sed si
non convenisset exceptione repellatur, argumentum ergo a
paritate rationis sic deducitur, ex hoc textu. licet emptor
scierit servum emendum esse fugitivum, attamen quia stipu-
latus est emptor cum venditore, eum non esse fugitivum, si
emptus servus fugerit, emptor ratione ejus scientiae hac exce-
ptione scilicet doli mali ratione scientiae non repelletur, age-
re poterit, hoc non obstante contra venditorem pro servo fu-
gitivo, non alia ratione, quia sic inter ipsos contrahentes ita
actum fuit, demonstrant verba illa, *quoniam hoc convenit*,
licet si non adesset illud pactum venditor non teneretur ex
empto, quia emptor non haberet talem actionem, sic agendi
prout dictum est supra per dictam *l. si fundum*: nam licet
venditor de jure teneatur de evictione rei venditae, si empto-
ri evincatur attamen haec doctrina cessat, si emptor sciebat
esse alienam, vel alteri obligatam; nisi quoque et ipse emptor
stipulatus esset cum venditore, rem non esse alienam, vel al-
teri non fuisse obligatam, nam venditor nihilominus tenere-
tur de evictione. Sic etiam est discurrendum in nostro casu
de servitute. Esto enim illa verba, *stillicidia uti nunc sunt,*
ut ita sint, non includant servitutem passivam stillicidii, quia
sunt verba obscura, et ambigua, attamen si emptor sciet ser-
vitutem passivam, et fuerit stipulatus cum venditore, nullam
habere servitutem passivam, venditor obligatus erit emptori
ex empto, et quia in hac praesenti quaestione pluries men-
tionem fecimus in materia servitutum intrare actionem ex
empto, quanto minoris, et ad interesse, et de evictione, ideo
operae pretium est investigare, quando intret evictio, ratione
servitutum, quando actio ex empto, vel quanto minoris, vel
ad interesse, et ideo sit.

QUAESTIO XXVI.

Quando intret evictio, vel actio ex empto, vel quanto minoris, vel ad interesse in materia servitutum.

SUMMARIUM

1. Evictio quando intret in servitutibus, aut evictio ex empto, vel quanto minoris, aut ad interesse, in servitutibus realibus.

2. Evictio in usufructu intrat, etiam si pro parte fuerit evictus.
3. Aestimatio in usufructu fit pro bonitate fructuum.
4. Ususfructus est pars fundi vel rei
5. Fundus non dicitur traditus, si ususfructus detrahitur.
6. Qui stipulatus est fundum, et postea usumfructum, similis est illi, qui totum stipulatus est.
7. Qui stipulatus est actum, deinde stipulatus est iter, nihil egit, sicuti qui decem, deinde quinque stipulator, nil agit nisi intercedat animus novandi expresse.
8. Stipulans fundum detracto usufructo, et ab eodem usumfructum postea stipulatus est, si ususfructus amittatur, tradendo fundum liberatur promissor, quod secus est, si fundum pleno jure quis promiserit, et usumfructum dederit, eo amisso tradendo proprietatem non liberatur.
9. Evictio etiam pro parte rei, si evincatur debetur evictio.
10. Evictio non intrat in servitutibus realibus.
11. Evictio non intrat in servitutibus, realibus, quando tacite sunt praedii.
12. Servitutes praediorum sunt tantum qualitates, non partes praediorum integrales.
13. Evictio ut supra num. 11. non intrat neque in servitute activa, neque passiva, scilicet si tacite secutae sunt praedium.
14. Venditor vendens fundum uti optimum maximum, tenetur illum tradere liberum ab omni servitute, alias tenetur de evictione.
15. Venditor, si id venditione promiserit specialiter iter accessurum vel talem servitutem etc. eo in usu tenetur de evictione.
16. Venditor sciens fundum esse affectum servitute aliqua, et tacens tunc tenetur ad interesse, non tamen ad duplum, idem etiam esset dicendum, si tamen adesset aliqua servitus, et solo tenuri, nam si sciebat nihilominus tenetur de evictione, seu actione ex empto, secus si non scivit, et ita dixerit, tunc in eo casu voluit suae indemnitati prospicere.
17. Emptor sciens rem affectam servitute, non potest agere actione empti.
18. Certioratus, non est amplius certiorandus.
19. Venditor si ignorabat rei vitium vel servitutem teneri quanti minoris, secus si sciens, quia ad omnia damna tenetur, et sequent.
20. Venditor ignorans fundum venditum debere servitutem, tenetur tantum quanti minoris, secus si non ignorabat, tunc ad interesse tenetur, et quid veniat in illo interesse.
21. Emptor, quando etiam venditor teneretur quanti minoris, poterit agere redhibitoria etiam in servitute, quatenus si scivisset, non fuisset empturus.
22. Venditor consiliarius alicujus civitatis sciens tempore caristiae in Concilio factam esse deliberationem, ut triticum viliori pretio venderetur, ipse ante publicationem, illico vendidit suum triticum, an teneatur ad interesse illius pluris, quod vendidit, quia improbato more se gessit.
23. Venditor vendens merces pretio currenti, sciens brevi tempore alias superventuras, an teneatur ad interesse, vel de ordinatione, ut supra affertur decisio Molinae de justitia, et jure disputatione 354 etiam in foro conscientiae.
24. Sententia Molinae secundum auctorem existit contra juris civilis principia sicuti, et quod refert Diana.
25. Dolus quid sit.
26. Dictio omnis includit in se quamcumque calliditatem, nihil excluso, includit enim ea, quae alias includerentur.
27. Certioratio est de essentia in contractu bonae fidei, quando emptor ignorat.
28. Dolus abesse debet a contractu emptionis, et venditionis.
29. Aedictum de dolo malo praetor proposuit, ne malitia sua sibi sit lucrosa, et aliis damnosa.
30. Calliditas a sacris paginis damnatur.
31. Fraus de jure Divino, est prohibita, scilicet ex eo praecepto, ne *fraudes*
32. Fraus tunc committitur per eum, qui verum tacet, aut falsum exprimit.
33. Fraus non tantum ex eventu, sed etiam ex consilio desideratur.
34. Fraus, et dolus sunt synonima, et ejus species sunt, simulatio, fallacia, calliditas, machinatio, et impostura.
35. Malitia est a jure civili damnata, si est lucrosa.
36. Praeceptum legis divinae, ne quis suum fraudet proximum, est enim proposito indefinita, quae omnia comprehendit, et in dubiis favore praecepti est pronunciandum.
37. Venditor sciens legem minuentem pretium tritici, et ante publicationem vendit, puniri potest, et de jure civili, sine aliqua contradictione admittitur.
38. Argumentum valet de mutatione bonitatis intrinsecae, ad extrinsecam.
39. Interrogationi debet adaequare responsio.
40. Fraus inducitur, per venditorem, quando lex brevi tempore est publicanda, secus si post aliquod tempus, quo in casu venditor vendere poterit, non obstante lege minuente pretium tritici.
41. Fraus fit legi, si consiliarius, qui fuit praescius, et brevi tempore foret publicanda vendat triticum pretio currenti eo tempore.
42. Diligentia alia est negotiativa, alia deceptiva.
43. Contrahentes se invicem decipere possunt, secluso semper dolo, et fraude.
44. Deceptio de jure civili, et canonico admittitur intra dimidiam.
45. Venditor, vel emptor laedens, ultra, vel intra dimidiam justi pretii habet electionem, vel supplendi residuum, vel rescindendi contractum
46. Decipiens secum contrahentem in dimidia justi pretii eo, in foro conscientiae tenetur ad restitutionem, et si sit minor dimidia ea ratione doli, et in foro conscientiae, et in foro exteriori tenetur.
47. Argumentum valet a mutatione bonitatis intrinsecae ad mutationem extrinsecam.
48. Dolus sufficit, ut det causam contractui, ad illum annullandum, quia praetor illico decepto succurrit.
49. Contrahentes se invicem decipere possunt, seu se circumscribere, dolo tamen non intercedente, sed per diligentiam negotiativam non deceptivam.
54. Lex licet non sit publicata nec obliget ante publicationem, attamen hoc non habet locum, quando cum scientia concurreret dolus seu fraus ad alterum decipiendum

Regulariter loquendo evictio in materia servitutum realium
non intrat, nisi ut infra dicemus aliud est in servitute perso- 1
nali, uti est ususfructus, in qua intrat evictio, nempe si non
evincatur tota res, sed tantum aliqua pars ipsius rei, uti est
ususfructus.

Quoties enim ususfructus fuerit evictus, certum est evi- 2
ctionem intrare licet sit pro parte textus ad literam *in l. sed
et si 15. §. si ususfruct. ff. de eviction.* ibi *si ususfructus evin-
catur, pro bonitate fructuum aestimatio facienda est*, et textus
in l. si ab emptore 49. ff. eod. titul. ibi *Si ab emptore ususfru-* 3
*ctus petatur; perinde is venditori denunciare debet, atque
is, a quo pars petitur*, et textus *in l. Vaccae, 43. ff. eod.
tit.* ibi. *Vaccae emptor, si titulus post emptionem natus
est, evincatur, agere ex duplae stipulatione non potest, quia
nec ipsa, nec ususfructus ejus evincitur*, non alia ratione
nisi, quia ususfructus dicitur pars rei, textus ad literam *in
l. qui usumfructum 58. ff. de verbo obligat.* in haec verba.

Qui usumfructum fundi stipulatur, deinde fundum, si- 4
milis est ei, qui partem fundi stipulatur, deinde fundum 5
*totum: quia fundus dari non intelligitur, si ususfructus de-
trahitur. Ex contrario, qui fundum stipulatus est, deinde* 6
*usumfructum: similis est ei, qui totum stipulatur, deinde
partem*, prosequitur postea Paulus in eadem lege, dictum 7
restringendo dicens. *Sed qui actum stipulatur, deinde iter,
posteriori stipulatione nihil agit, sicut qui decem, deinde
quinque stipulatur, nihil agit. Item si quis usumfructum,
deinde usum stipulatus fuerit, nihil agit: nisi in omnibus
novandi animo hoc facere specialiter expresserit, tunc enim
priore obligatione expirante, ex secunda, introducitur pe-
titio: et tam iter, quam usus necnon quinque exigi possunt:*
concordat pariter textus *in l. si ita stipulatus fuero, si Ti-
tius 126. §. Titius ff. de verba. obligat.* qui ponit casum sci-
tu dignum, et idcirco totam illam huc transcribam, haec
sunt verba.

Titius a Maevio fundum detracto usufructu stipulatus 8
*est, et ab eodem post ejusdem fundi usumfructum est stipu-
latus. Duae sunt stipulationes; et minus est in eo usufructu,
quem per se quis promisit, quam in eo, qui proprietatem
comitatur. Denique si ille usumfructum dederit, cumque
stipulator non utendo amiserit, tradendo postea fundum
detracto usufructu, liberabitur. Non idem contingit ei, qui
fundum pleno jure promiserit, et usumfructum dederit,
deinde amisso eo, proprietatem sine usufructu tradiderit,
etenim ille liberatus est dando usumfructum, sic in nulla
parte obligationis exoneratur, nisi pleno jure fundum effe-
cerit stipulatoris.*

Ex hoc textu evidenter probatur usumfructum esse rei
partem, in tantum, ut si quis stipulatus fuerit fundum de-
tracto usufructu, et Paulo post videlicet sex vel septem die-
bus transactis, stipulatus est usumfructum ejusdem fundi,
negari non potest, has esse duas stipulationes, unam fundi,
alteram ususfructus, quamobrem si stipulator usus non fue-
rit usufructu, et illum amiserit, promissor tradendo fundum
etiam sine usufructu liberatur. Quod secus esset dicendum,
si pleno jure fundum stipulatus quis fuisset, et dederit u-
sumfructum, et si ususfructus fuerit amissus, et promissor
proprietatem sine usufructu dederit, non est liberatus in
nulla parte obligationis, quod secus est in prima stipulatione
seu in primo casu; ecce quod evictio intrat in usufructu.

Si ergo pars rei evincitur debetur evictio, *l. prima ff. de* 9
eviction. ibi. *Sive tota res evincatur, sive ejus pars habet re-
gressus emptor ad venditorem.* Ergo cum ususfructus sit pars
rei, eadem ratione debetur evictio. Si ususfructus evictus fue-
rit, et ita quoad servitutem personalem ususfructus, non du-
bitatur evictionem intrare, difficultas ergo est circa servitutes
reales, an inter illas locum habeat evictio.

Supponamus modo, Titium exempli gratia habere servi- 10
tutem stillicidii domus suae in fundo vicini, sive etiam aga-
tur de servitute rustica, veluti itineris, actus, viae, aquae-
ductus, sive tigni immittendi, vel non immittendi, vel al-
tius tollendi, et similis generis servitutum, si evincatur, an in-
tret evictio, prout diximus supra de servitute personalis
ususfructus, et responsio est in promptu regulariter loquen-
do, non intrare evictionem, textus est ad literam *in l. quod
ad servitutes 75. ff. de eviction.* haec sunt verba.

Quod ad servitutes praediorum attinet, si tacite secutae, 11
*sunt, et vindicentur ab alio, Quintus Mutius, et Sabinus
existimant, venditorem ob evictionem teneri non posse. Nec
enim evictionis nomine quemquam in eo jure teneri, quod*

tacite soleat accedere. Ea ratione, quia talis servitus non est
12 pars integralis fundi, sed qualitas, seu accidens, quod ei ac-
cessorio cohaeret: probat textus *in l. quid aliud* 86. *ff. de*
verborum significatione in haec verba. *Quid aliud sunt ju-*
ra praediorum, quam praedia qualiter se habentia l. via
constitui 23. *§. si fundus ff. de servitutibus rusticorum prae-*
diorum ibi, *si fundus serviens, vel is, cui servitus debetur,*
publicetur, utroque casu durant servitutes: quia cum sua
conditione quisque fundus publicatur. Concordat ibidem
gloss. in verbis conditione.

13 Declaranda tamen est haec nostra propositio, et non solum
habeat locum in servitute activa, sed etiam passiva, videlicet
in activa, si domus empta habeat servitutem stillicidii, vel
quamcumque aliam servitutem in fundo alieno, sed etiam
in passiva, veluti, si quis praetendat servitutem, exempli
gratia in domo a me *empta*, vel in alio quocumque fundo a
me empto, et adversarius evicerit servitutem in eo fundo a
me empto, quia dicta *l. quod ad servitutes*, generaliter lo-
quitur, tam in activa, quam in servitute passiva per illa ver-
ba, *si tacite secutae sunt*, nam illud verbum, *tacite*, adver-
bialiter positum, ut explicat *glossa ibidem*, in verbis, *si ta-*
cite, non teneri de evictione, ut indicant verba illa. *Nec*
enim evictionis nomine quemquam in eo jure teneri, quod
tacite soleat accedere, nam tam servitutes activae, quam pas-
sivae tacite sequuntur fundum, vel cui debentur, vel ipse fun-
dus aliis debet, eo quod jura realia transeunt in emptorem,
sine aliqua expressione *l. si aquaeductus* 47. *ff. de contra-*
henda emptione, et ibi etiam Baldus.

14 Quamobrem si in venditione venditor dixerit vendidisse
fundum optimum, et maximum, et eumdem tradidisse, quia
tunc venditor tenetur praestare hujuscemodi fundum libe-
rum ab omni servitute, eo in casu intraret evictio, *dict. l.*
quod servitutes, quatenus vero nihil dixisset in venditione,
fundo vendito deberi servitutem activam, eo in casu, si em-
ptor agat ad consequendam servitutem itineris, vel sive vel
actus, tunc si succumbat, et non possit consequi talem servi-
15 tutem, non tenetur venditor de evictione, nisi specialiter
dixisset accessurum iter, vel actum, probat dicta *l. quoad ser-*
vitutes, incipiendo a versiculo. *Nisi uti optimus maximus-*
que traditus fuerit fundus, tunc enim liberum ab omni ser-
vitute praestandum. Si vero emptor petat viam, vel actum:
venditorem teneri non posse, nisi nominatim dixerit acces-
surum, vel iter, vel actum: tunc enim teneri eum, quia ita
dixerit. Et vera est Quinti Mutii sententia ut, qui opti-
mum. maximumque fundum tradidit, liberum praestet: non
etiam deberi alias servitutes, nisi hoc specialiter ab eo ac-
cessum sit.

16 Si vero venditor sciret fundum debere servitutem, et ta-
cuit, nec emptorem certioravit, seu admonuit de ea servitute,
tunc tenetur actione ex empto, scilicet ad interesse non au-
tem ad duplum *lib.* 1. *§. venditor ff. de actionibus empti, et*
venditi in haec verba. *Venditor, si cum sciret deberi servi-*
tutem. celavit, non evadet ex empto actionem. si modo eam
rem emptor ignoravit. Omnia enim, quae extra bonam fi-
dem fiunt, veniunt in empti actionem. Sed scire venditorem,
et celare, sic accipimus, non solum, si non admonuit, sed
et si negavit servitutem istam deberi, cum esset ab eo quae-
situm. Sed et si proponas eum ita dixisse. Nulla quidem
servitus debetur, verum ne emergat inopinata servitus, non
teneor puto eum ex empto teneri, si servitus debebatur, et
scivit. Sed et si id egit, ne cognosceret emptor aliquam ser-
vitutem deberi, opinor eum ex empto teneri. Et generali-
ter dixerim, si improbato more versatus est in celanda ser-
vitute debere eum teneri: non si securitati suae prospectum
17 *voluit. Haec ita vera sunt, si emptor ignoravit servitutem,*
18 *quia non videtur esse celatus, qui scit neque certiorari de-*
buit, qui ignoravit, et clarius in *leg. Julianus* 14. in haec
verba. *Julianus lib.* 15. *digestor. Inter eum, qui sciens quid,*
aut ignorans vendidit, differentiam fecit in condemnatione
ex empto, ait enim, qui pecus morbosum, aut tignum vitiosum
19 *vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto*
actione praestaturum, quanto minoris esset empturus, si
id esse scisset. Si vero sciens reticuit, et emptorem dece-
pit, omnia detrimenta. quae ex emptione emptor traxerit,
praestaturum ei. Et clarius *in l. quaero* 40. *ff. de actioni-*
bus empti, et venditi. Quaero. si quis fundum ita vendide-
rit. ut id venundatum esse videatur, quod intra terminos
ipse possedit, sciens tamen aliquam partem certam se non
possidere, non certioraverit emptorem; an ex empto judi-
cio teneatur, cum haec generalis adjectio ad ea, quae spe-
cialiter novit, qui vendidit, nec excepit, pertinere non de-
beat? Ne alioquin emptor capiatur, qui fortasse, si hoc
cognovisset, vel empturus non esset, vel minoris emptu-
rus esset, si certioratus de certo loco fuisset, cum hoc,
et apud veteres sit relatum in ejus persona, qui sic exce-
perat: servitutes, si quae debentur, debebuntur, etenim ju-
ris auctores responderunt, si certus venditor quibusdam
personis certis certas servitutes deberi, non admonuisset
emptorem. ex empto eum teneri debere, quandu hic genera-
lis exceptio non ad ea pertinere debeat, quae venditor no-
vit, quaeque specialiter excipere, et potuit. et debuit, sed ad
ea, quae ignoraverit, et de quibus emptorem certiorare ne-
quivit. Herennius Modestinus respondit, si quid circumve-
niendi emptoris causa venditor in specie, de qua quaeritur
fecit, ex empto actione conveniri posse.

Si vero venditor ignorabat fundum debere servitutem, 20
tunc non agit emptor de evictione ad totale interesse: sed tan-
tum poterit agere quanto minoris esset empturus, si sciret
servitutem impositam esse, textus ad litteram *in l. quoties*
61. *ff. de aedilitio aedicto* in haec verba. *Quoties de servi-*
tute agitur. victus tantum debet praestare, quanti minoris
emisset emptor, si scivisset hanc servitutem impositam
videlicet explicat *Gloss.* in verbo *victus* quando venditor
ignorabat servitutem deberi, alias tenetur ad interesse *d. l.*
Julianus 14. *§. quod autem ff. de actionibus empti, et ven-*
diti in haec verba. *Quod autem diximus, quanti emptoris*
interfuit non decipi, multa continet, si alias servum solli-
citavit, ut fugeret, vel res quasdam abstulit. Quid tamen si
ignoravit quidem furem esse, asseveraverit autem bonae fru-
gi, et fidum, et caro etiam vendidit? videamus an ex empto
teneatur, et putem teneri. At qui ignoravit: sed non debuit
facile, quae ignorabat asseverare: inter hunc igitur, et eum,
qui scit, interest: quoniam, qui scit, praemonere debuit
furem esse, hic non debuit facilis esse ad temerariam in-
dicationem.

Hinc, cum venditor sciret, servitutem deberi, et non prae-
monuit emptorem, tenetur ad totale interesse, ut disponitur
in dicta l. Julianus paulo ante versiculum, seu *paragra-*
phum, quod autem, si autem ignoravit, licet teneatur actio-
ne empti quanti *minoris*, attamen, non est ablata facultas ipsi
emptori, quin possit agere redhibitoria, quatenus non fuis- 21
set empturus, si scivisset servitutem, vel si forte non expedi-
ret, si liberum esse dixisset praedium. Notat Brunemanus *in*
l. si major 9. *c. de actionibus empti, et venditi*, et quod no-
tentur per *glossam in dicta l. Julianus in §. quid autem in*
verbo indicationem, et quod redhibitoria agi possit, textus
est ad literam *in l. ex empto.* 11. *§. redhibitione, ff. de*
action. empt. et vend. ibi, *redhibitionem quoque contineri*
empti judicio Labeo, et Sabinus putant, et nos probamus,
hoc etiam confirmatur ex *l. Julianus*, 14. *§. si quis colluden-*
te ff. de action. empt. et vend. ibi *si quis colludente procu-*
ratore meo, ab eo emerit, an possit agere ex empto? et pu-
to hactenus agendum, ut, aut stetur emptioni, aut disce-
datur. Sed et si quis minorem 25. annis circumvenerit, et
huic hactenus dabimus actionem ex empto, ut diximus in
superiori casu, concordat pariter textus in *l. et eleganter* 7.
ff. de dolo malo argumento ab eo deducto, in illis verbis.
Hoc enim sic accipimus. carere dolo emptorem, ut ex empto
teneri non possit: aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso,
ut venderet, circumscriptus est.

Ex hucusque dictis satis apparet explicatus titulus hujus
quaestionis in materia servitutum quando intret evictio, vel
actio ex empto, vel ad interesse, vel quanti *minoris*. et ad *ma-*
jorem explicationem, videri potest Paulus de Castro *in lib.*
1. *§. venditor ff. de action empt. et vendit.* ubi probat no-
stram explicationem, et ulterius adducit exemplum pro res-
cisione contractus, quando venditor erat sciens, et nihil dixit, 22
nec certioravit emptorem, ut ibi *n.* 4. *dicendo.* Quod si ali-
quis de consiliariis civitatis tempore carestiae, cum sciret, de-
liberatum esse inter eos, quod ponatur certum pretium in
frumento, cum deliberatio non esset adhuc publicata, ipse,
habens magnam quantitatem frumenti, vendidit pretio cario-
ri, et postea deliberatio publicata est, quod debeat contractus
rescindi: quia improbato more se habuit, non certiorando
emptorem de deliberatione futura, quia si fuisset certioratus
non emisset tanto pretio, quia videtur fecisse fraudem legi
futurae ex *Cyn. per eum citat.*

Hanc eamdem sententiam comprobat *Bart. in l. quaero*
40. *ff. de action. empt. et vend.* ubi habet similia verba. In-
ducitur ista lex ad quaestionem de facto, *quidam qui uteba-*

tur in palatio, cognovit, quod informatio ordinata erat, quod frumentum venderetur pro modica quantitate, nec erat adhuc publicata vendidit tibi frumentum pro majori pretio, nec certioravit te. Certe videtur teneri ad interesse, et ita gloss. sentit in l. contra legem facit supra de legibus.

23 Licet haec doctrina sit in se vere attamen *Molin. de justitia, et jure tom. 2. disputat.* 354. hanc proponit quaestionem. Justa ne sit venditio pretio currenti facta ab eo, qui sciebat, merces ejusdem generis brevi in magna abundantia superventuras: aut pragmatica, qua minueretur pretium, promulgandam. Circa primam dubii partem allatis argumentis contrariis, tandem *n.* 3. *cum divo Thoma* 2. 2. *artic.* 3. *quaest.* 77. *ad quartum, concludit mercatorem seu alium negotiatorem vendentem triticum currir pretio sciens brevi tempore magnam successuram fore abundantiam, non teneri, nec etiam in foro conscientiae ad restitutionem, ea ratione, quia res illa tunc temporis, ita communi pretio, et currenti ab omnibus aestimatur*, communi hominum judicio, quapropter nulla fit injuria, quantum ad justitiam commutativam emptori, quapropter venditor liberatur a restitutione, eo quod rem justa praesens pretium vendiderit, neque ullam culpam habet, si non denunciet emptori, quae futura sunt, licet haec denunciatio sit perfectioris hominis, et viri boni, ubique sancti, et ita in foro conscientiae, est immunis ab obligatione restituendi, *ita Covarruv. in regula peccatum* 2. *pact. relect.* § *quarto sub n.* 6. *versicul. sed in quaest. Bart. ex divo Thom.* 2. 2. *quaest.* 77. *articul.* 3. *versicul. ad quartum*, ergo idem veni dicendum de eo, qui est in Palatio, in quo factum fuit aedictum brevi tempore publicandum, quo mandatur triticum minori pretio esse vendendum, si ipse antequam publicetur vendat, quia utitur jure suo et hoc etiam tenet *Diana part.* 2. *tract.* 8. *de contract. resol.* 40. imo eodem *tract. resol.* 42. trade hanc quaestionem, an senatus civitatis, vel consiliarii regia possint vendere res suas, quando agnoscunt breviter minuendum earum pretium ex lege vel mandato principis, adducit sententiam negativam, sed postea refert dictum *Turriani in* 2. 2. *tom.* 2. *disp.* 18. *dub.* 3. *n.* 7. asserentis, etiam si certo agnoscant futuram promulgationem legis, posse dictos consiliarios vendere omnes suas merces pretio communi, etiam quas non essent alias venditari, si libere, et sine fraude aliqua exponant eas venditioni, quia vendunt pretio communi, et ipsi ratione sui officii non obligantur, ad non vendendum eo tempore pretio communi: nec tenentur manifestare futuram promulgationem legis ante tempus assignatum a rege, vel senatu.

24 Haec doctrina ita absolute intellecta, nunquam mihi quadrare potuit, ex pluribus, sive quia sit contra juris civilis principia, quae disponunt dolum abesse debere a contractibus praecipue bonae fidei, probat Ulpianus *in lib.* 1. § *dolum versicul. itaque ff. de dolo malo*, ubi definiendo dolum
25 habet haec verba. *Itaque ipse sic definit dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, et machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est*, notanda sunt verba illa, *omnem calliditatem*, dictio enim *omnem*, includit genera-
26 liter, quamcumque calliditatem cujuscumque generis sit sive malitiam, sive versutiam, sive peritiam, sive artificium, ut explicat *Nizzolius in verbo calliditas*, facit enim includere ea, quae alias non includerentur, ut *copiose probat Augustinus Barbos. in diction. omnis* 241. *n.* 1. *et*
27 *sequent.* itaut includat etiam illam peritiam, quae versatur inter mercatores, quando dolose se gerunt in vendendo ob tale motivum, quia brevi tempore, triticum exempli gratia minus sit valiturum, ut supra fuit propositum, et emptor hoc ignoret, hoc enim bonae fidei repugnat, probat Ulpianus *in lib.* 1. § *venditor. ff. de action. empt. et vend.* in illis verbis. *Omnia enim, quae contra bonam fidem fiunt, veniunt in empti actionem*, et quod sit contra bonam fidem probat idem *Covarruv. supra cit. sub d. n.* 6. *dict. versicul. Sed in quaestione Bartol.* in illis verbis; *non teneri venditorem ad restitutionem, quamvis male fecerit, et ob id possit, aliqua poena puniri*. Ergo non aliter puniendus venit, nisi quia fecit contra bonam fidem, ergo aliunde hoc non procedit, nisi quia dolose se gessit venditor, sed dolus abes-
28 se debet a contractu emptionis, et venditionis, *d. lib.* 1. *d.* § *venditor ff. de action. empt. et vend. lib.* 1. *ff. de dolo malo*, ubi ait Praetor. *Hoc edicto. Praetor adversus varios,*
29 *et dolosos, qui aliis obfuerunt calliditate quadam, subvenit: ne vel illis malitia sua sit lucrosa, vel istis simplicitas damnosa*, itaut intentio praetoris sit deceptis subveniendi, ne calliditate alterius damnificentur ignari, vel simplices, hujusmodi enim calliditates, damnantur a sacris paginis probat psalmus 14. quando dixit, *domine quis habitabit in tabernaculo tuo*, respondet. *Qui loquitur veritatem in corde*
suo; qui non egit dolum in lingua sua. Nec fecit proximo 30
suo malum. Qui jurat proximo suo, et non decipit. Ergo qui dolose agit cum proximo suo, non potest habitare in Dei tabernaculo, ut clarius, et efficacius inferius demonstrabimus; et ita negari non possumus, qui scit legem senatus civitatis, demandantem triticum minori pretio vendendum, non certiorando emptorem, eum decipere tacendo, quod exprimere debuerat proximo suo.

Immo ex praecepto divino hoc est prohibitum, probat di-
vus Marcus Evangelio *cap.* 10. *n.* 19. quando Jesus dixit il- 31
li interroganti, quid facere deberet ad vitam aeternam consequendam, respondit ei, *Ne fraudem feceris*, cum caeteris aliis praeceptis. Fraudes autem explicat *Cagnol. in l. generaliter* 79. *ff. de regulis juris n.* 1. in haec verba. *cum de fraude disputatur, idest, cum fraus alicujus arguitur, quae proprie dicitur contra fidem: et committi dicitur per eum,*
qui ad deceptionem alterius, et ad sui commodum, aut ve- 32
rum tacet, aut falsum exprimit, et in *l. fraudis*, 80. *ff. eod. tit.* habentur haec verba. *Fraudis interpretatio semper in*
jure civili, non ex eventu dumtaxat, sed ex consilio quo- 33
que desideratur, ubi idem Cagnolus n. 1. per dictam regulam, per fraudem non posse proprie dici, quid factum, nisi consilium
intercesserit, et ita fraus insit dolo tamquam species generi 34
licet etiam dicantur Synonyma, et fraudis species, sint simulatio, fallacia, calliditas, machinatio, et impostura, ut ibi *Cagnol. n.* 3. quibus positis, sic nobis est discurrendum. Qui certo scit brevi tempore publicandam esse legem pretium tritici minuendum esse, et illico hoc cognito vendat triticum eo pretio rigoroso ante legis publicationem, negare non possumus hunc venditorem fraudem non solum ex eventu, sed etiam ex consilio committere; ex eventu, sequuta publicatione, ex consilio, quia agnovit venditor lucrum amittendum, si non venderet triticum, et ideo id ex consilio vendidit, ne amitteret, quod lucratus est mediante venditione, et quod pejus est non erat forsan venditurus triticum, etc. nisi fuisset lex publicanda, ergo qui taliter agit, facit contra praeceptum domini, nam fecit fraudem, et callide se gessit, cum suo proximo ideo etiam in foro conscientiae tenetur ad
restitutionem, haec enim malitia ei fuit lucrosa, et emptori 35
damnosa *lib.* 1. *lib.* 2. *et lib.* 4. *ff. de dol. exception.* ex quo alienum valde esse, quod affirmat Turrianus, ut supra *sub n.* 22. prope finem affirmantis etiam si non esset venditurus triticum.

Cum ergo praeceptum domini nostri Jesu Christi, sit ne
proximus fraudetur seu melius *ne fraudem feceris* haec est 36
propositio indefinita, quae generaliter comprehendit in se quamcumque fraudem, malitiam, calliditatem etc. et ideo in dubiis favore praecepti est pronunciandum, quia possessio seu decisio stat pro eo, et quod pro eodem stet possessio habere quoque locum in proposita quaestione: Primo demonstrant superius adducta. Secundo quia talis venditor puniri
potest, ut extra dentes loquitur *Covarruv. loco supra cit.* 37
Tertio quia in jure civili hoc communiter admittitur sine plica, probat idem *Covarruv. loco supra cit. n.* 6. *et laudat Bart. doctrinam in quaestione proposita per eum, ut apud eum videri potest*, ut etiam supra demonstratum est ex *Paulo de Castro in dicta leg.* 1. § *venditor. ff. de action. emption. et vendit.* et ulterius adducam *Mongil. de eviction. quaest.* 29. ubi habet haec verba.

Nec etiam certiorari emptorem solum de his, quae ab ipsa re dependent: sed de his quoque quae sunt extra rem, ut si sciat venditor decretum, seu bannum brevi publicandum tenetur emptorem certiorem reddere alias tenetur de
dolo Bart. in l. quaero ff. de action. empt. et vendit. valet 38
enim argumentum de mutatione bonitatis intrinsecae ad mutationem extrinsecae, ut notat. Bald. qui idem voluit in leg. 2. *c. de pericul. et commod. rei vend. Angel. et Paulus de Caster. in lib.* 1. § *ultimo. ff. de action. emption. et vendit. Afflict. decisio.* 339. *n.* 9. *Marsil. in l. statu liber. n.* 17. *ff. de quaest. com. singular.* 286. *Berov. quaest. famil.* 61. *in fine Covarruv. in releat. cap. peccatum in* 2. *part.* § 4. *n.* 6. *licet dicat in foro conscientiae non teneri ad restitutionem. Stracca de mercatur. tit. de spons.* § *item quaero n.* 2. *Cagnol. in l.* 2. *n* 173. *c. de rescind. vend. Menoch. de arbitr. jud. lib.* 2. *casu* 185. *sub n.* 10. *et* 1. *et* 22.

Et quod venditor tenentur non solum ad restitutionem, sed etiam ad interesse scribit Brun. in tract. de cess. bonor. qu. 30. qu. 4. in princip. sub n. 1. et idem contro eum. qui prohibitionem monetarum futurum sciebat, et ideo statim illas expendit, vel de illis creditori satisfacit. quod inquam illos recipere teneatur, et bonas et expendibiles earum loco restituere sequit. Brun. dicta quaest. 30. n. 2. Et videndus Marc. Anton. Cacc. inst. moralium lib. 1. tit. 3. sub n. 21. hase Mangil. qui eodem tractatu de evictione idem repetit. quaest. 100. n. 13. idem adducit et confirmat, nec ub hac nostra sententia dissentit *Molino ut supra citat. in versic. licet haec doctrina nam dicta disputat. 354. n. 5.* idem affirmat in lege brevi publicanda, et sub eodem numero, versic. *secundum ust in moneta cudenda.*

Tota moles adversantium affirmantium, non teneri venditorem certiorare emptorem de futura abundantia, qua mediante viliori pretio triticum vendetur. fundatur in auctoritate *Divi Thomae 2. 2. quaest. 78. artic* 3. in *responsione ad quartum argumentum* quapropter ad demunstrandum, divum Thomam non probare eorum intentum adducam. et argumentum, et responsionem divi Thomae in haec verba.

Quarto praeterea si aliquis teneatur dicere defectum rei venditae, hoc non est nisi, ut minuatur de pretio. Sed quandoque diminueretur de pretio, etiam absque vitio rei venditae propter aliquid aliud: puta si venditor differens triticum ad locum, ubi est caristia frumenti, sciat multos posse venire, qui differant: quod si sciretur ab ementibus, minus pretium darent. hujusmodi autem non oportet dicere venditorem, ut videtur. Ergo pari ratione nec vitia rei venditae.

Responsio haec est. *Ad quartum dicendum. quod vitium rei facit rem in praesenti esse minoris valoris, quam videatur. Sed in casu praemisso in futurum res expectatur esse minoris valoris per superventum negotiatorum, qui ab ementibus ignorantur. Unde venditor, qui vendit rem secundum pretium, quod invenit, non videtur contra justitiam facere, si quod futurum est, non exponat: si tamen exponeret, vel de pretio substraheret, abundantioris esset virtutis, quamvis ad hoc non videantur teneri ex justitiae debito.*

39 Responsio semper quadrare debet interrogationi ex *l. prima per totam ff. de verborum obligationibus*, cum autem interrogatio seu argumentum dicat venditor deferens triticum ad locum ubi est caristia frumenti *sciat multos posse venire*, loquitur dubitative, non enim firmat adventum physicum negotiatorum, sed tantum dicit, *possu*. Hinc et divus Thomas stante potentia illa, sed non certa, et non proxima, merito dixit venditorem posse vendere suum triticum tunc temporis pretio correnti, nec teneri certiorare emptorem de tali adventu, et ita D. Thom. Sanctiss. Inquitor, et nos idem sequimur, nam non est contra nostram quaestionem seu resolutionem, quia non determinatur tempus quando possint venire certitudinaliter negotiatores, nam potest etiam esse, quod non veniant, cum inter os, et offam multa cadant, ut vulgo dicitur *l. naturalem* 5. *§. istud quaesitum est ff. de acquirend. rerum domin.* de eo, qui feram vulneravit, nisi illam capiat, sua non est, in illis verbis. *Plerique non aliter putaverunt eam nostram esse: quam si eam ceperimus, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus. Quod verius est.*

Nostra autem propositio seu quaestio in hoc consistit scilicet, quando quis certo scit propediem triticum vendendum fore viliori pretio propter magnam quantitatem perventuram ad locum caristiae, certitudinaliter, et in potentia proxima, et praecipue in eo, qui alias non erat venditurus suum triticum, nisi scivisset propediem triticum esse venturum, quis in eo casu diceret dolose vendidisse et fraudasse emptorem juxta ea quae scribit, *Sapientissimus Arias Pinellus in titulo u. de rescidendo venditione in 3. partu rubricae, sed melius in 3. parte l. 2. c. eod. tit. n. 22.* confirmando nostram doctrinam in haec verba.

Ex illis juribus colligebant antiqui, et Bart. in l. quaero, quod si aliquis de consilio Regio, vel civitatis scit, propediem taxandum fore pretium frumenti, vel vini, et scienter id carius vendat, tenebitur restituere, vel minuere pretium juxta id, quod postea publicatur, et ita Bald. in l. 2. c. de peri. et com. rei vend. Paol. in lib. 1. de actionib. empt. §. fin. Rom. et Hip. proxime citati, idem Hip. in l. statu. lib. n. 17. ff. de quaest. Bart. et Paul. in l. contra legem ff. de legibus, Afflict. decisio. 399. n. 9. qua in re non inepte Hip. hoc intelligit, quando publicanda est constitutio intra breve spatium: tunc enim versatur fraus, non ita 40
in constitutione longius differendo, quia tunc poterit emptor interim distrahere, et sibi cavere. Similiter quod inquit Paul Rom. et alii de Magnate, vel alio de consilio Regis, vel Reipub. intelligas, id dictum gratia exempli, et frequentioris eventus. Sed a paritate rationis idem dicendum videtur, in alio, cui id revelatum fuerit, quod generaliter tradit Bald. in dicta l. 2. c. de peri. et com. rei venditae, et cum eo Afflict. d. loc. cit.

Sed Fulgosius *in dicta l. quaero* tenet contrarium contra omnes, intendens probare supradictam traditionem de jure non posse subsistere, quam doctrinam inferius adducemus ad literam, una cum nostra responsione. Ad quod idem Arias Pinell. respondet dicendo.

Sed adhuc non videtur recedendum, a recepta opinione,
quae specialiter a DD. traditur in constitutione publicanda,
in qua particularis ratio viget, ne quis ex lege omnibus utili
cum alterius jactura inique locupletetur, et ita DD. specia-
liter arguunt ex *dict. l. contra, et l. fraus. ff. de legib.* quod 41
magis procedit in consiliario, vel officiario ita collude in rem
suam publica consilia vertente, et multo magis ea calliditas
damnanda est ad forum conscientiae, ex traditis *a foro de
just. et jure lib. 6. articul.* 2.

Ex quibus, sic idem Arias Pinel. infertur ad quaestionem
mercatoris carius vendentis tempore inopiae talium rerum,
scientis propediem venturas uares. afferentes abundantiam,
vel e contrario si mercator sciens non esse venturas merces
quae solent ad locum afferri, emat omnes, quae in foro sunt
juxta pretium tunc commune, et postea vendat carius. In his
enim, et similibus alia inspectio est, ad strictum forum con-
scientiae, et summae bonitatis, et caritatis, et tunc non cen-
setur sincere facere. qui eo compendio utitur, honestum
postponendo; quod colligitur ex *Cicerone lib. 3. off. c.* Di-
versa inspectio et quoad exteriora judicia, et Tribunalis. ea
enim diligentia negotiativa, non deceptiva est, ut notat *Bal.* 42
sub n. 3. versicul. 3. oppono. et n. 4.

Ita ut quando non adest dolus, sive ex parte venditoris, 43
sive ex parte emptoris tunc licita est deceptio, quia proprie
non dicitur deceptio, sed diligentia negotiativa, quae dili-
gentia in jure civili admittitur. et etiam in jur. can. caete- 44
rum quando illa diligentia excedit dimidiam justi pretii *lib.* 45
2. c. de rescin. vend. tunc admittit rescissionem contractus
cum hac electione, ut qui laesit contrahentem, refundat id,
quod superest ad justum pretium, vel restituat quod plus
recepit, alias lex non admittit rescissionem contractus, licet sit
intra dimidiam, quia talem diligentiam negotiatiram pro-
bat lex.

Hinc *August. Barbos. in dicta leg. 2. c. de rescind.* 46
vend. n. 113. proponit hanc quaestionem. An in foro conscientiae permissum sit contrahentibus se decipere intra dimidiam justi pretii eo modo, quo in foro contentioso licitum esse existimatur ex Padilla, *ibid. n. 73. Attamen n.* 114. habet haec verba contrarium tamen, imo deceptionem intra dimidiam justi pretii *non* esse permissam in foro conscientiae, tenent communiter DD. quia in isto foro servanda est lex naturalis, et divina, quae mandat, ne quis supergrediatur, neque circumveniat in negotio fratrem, et consequenter, ut in contractibus servetur justitia commutativa. Ubi citat plures, et infinitos auctores, et teologos *n.* 115. *et n.* 116. habet haec verba. Et posterior sententia, ut communior, ita verior mihi videtur, sed in aliquibus casibus verificari magis potest, quam in aliis. Primos, est quando dolus dedit causam contractui, quia ille, qui dolo aliom induxit ad contrahendum, eumque decipit in foro conscientiae non est tutus, nec in foro exteriori probat *Vasquez in controversiis frequentibus lib. 3. cap. 48. n.* 3. etiam si non sit intra dimidiam, sed minus dimidia ratione doli.

Qua propter non recte locutus est Fulgosius in dicta *l. quaero*, quando dixit in haec verba.

Quidam, qui conversabatur in palatio, sensit, quod dicebatur fieri constitutionem. et ordinationem, quod frumentum non venderetur, nisi ad rationem viginti solidorum pro sextario. Idem habet multum frumentum, statim ivit domum, et invenit quamdam vicinam suam, et dixit, vis tu emere frumentum meum? ego dabo tibi pro viginti quinque solidis pro sextario, et tamen in platea valebat communiter 28. sicut *nunc* valet, dixit bona mulier, sum contenta, et sic ei vendidit pro 25. *solidis dicit Guillo: quod iste tenetur restituere quinque pro sextario.* Sed profecto lex ista loquitur

in istis additionibus, quae sunt circa rem venditam, caeterum de extrinsecis, quod venditor teneatur admonere, non inveni, immo scriptum est, quod liceat contrahentibus se circumscribere, sequitur dicendo: et quid diceris? non ne quotidie hoc accidit in mercatoribus? Unus mercator recipiet unam literam recentem, quod galeae, quae veniebant a Flandria fuerunt submersae, vel a barbaris captae cum super eis piper, vel aliae merces, iste mercator ivit, et de pipere, et aliis mercibus, quae erant super galeis in portu, vel jamdudum reconditis ab aliis mercatoribus emit currenti pretio, cum ipse sciret, quod erat futura carior res: at cum notum esset de galeis, quod essent submersae, dicet, ne quis quod non valeret talis emptio pro pretio correnti, aut quod rescindi debeat? non video; satis est durum hoc sentire. Et cur non debeat sibi prodesse sua diligentia, et sollicitudo? Et hoc scio practicatum in civitate Januae: quidam mercator, qui habebat extra suos factores, habet literas, quod quaedam naves fuerunt submersae, ipse hoc sentiens emit de mercibus, quae erant jam dudum ante civitatem pretio currente, de quibus mercibus, naves submersae non modicum erant gesturae, et is lucratus erat maximam quantitatem pecuniae: certe valuit illa emptio, et non fuit rescissa. Casus enim ab eo formatus valde a nostro distat, quia sistimus in *brevitate temporis*, veluti una die: vel ad summum biduo, ex quo ratione brevitatis temporis, praesumitur calliditas, seu dolus, ratione cujus, tenetur ad restitutionem, ut demonstravimus ex Arias Pinello ut supra.

Quod ergo non recte locutus sit Fulgosius, loquela sua manifestum eum facit, quia insinuat, venditorem institisse apud suam vicinam, ut emeret ejus triticum, cum illa pretii diminutione pro solidis 25. cum tunc temporis pretium commune esset solidorum 28. pro sextario, haec diligentia non potest dici negociativa, sed deceptiva, timebat enim, se amissurum lucrum, ex tritici venditione consequuturum, quod triticum non alias erat venditurus; et sic adest dolosus animus decipiendi emptricem; itaut ratione istius doli teneatur ad restitutionem, et annulletur contractus, quatenus nolit restituere, quod ultra pretium a lege taxatum recepit, ex doctrina *Barbos. ut supra in d. lib. 2. c. de rescind. vend. n.* 116.

Quo vero *ad l. quaero*, quae loqui videtur de additionibus
47 intrinsecis, non autem extrinsecis, satis censetur responsum, si dicamus valere argumentum a mutatione bonitatis intrinseco ad mutationem extrinsece probat *Bald. in l. 2. c. de pericul. et commod. rei vendit. sub. n. 1. versic. quarto quae-*
48 *ro*. Praeterquam quod inquiritor tantum, an dolus adsit in contractu; quia jus praetorium illico succurrit decepto, exceptione doli, ut ait Paulus *in l. 1. ff. de dol. mett. except.* in haec verba. *Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit. Sed an dolo quid factum sit, ex facto intelligitur*, et ibi clarius explicat *glos. in verbis, ex facto, idest ex qualitate facti*, ut fusius ibi explicat.
49 Et si liceat contrahentibus se decipere id procedit, quando non intercedit dolus, prout supra demonstravimus, et probat *August. Barbos. supra citatus*; et quoquomodo respondit praecepto domini nostri Jesu Christi in divum Marcum, 10. n. 19. *Ne fraudes.*

Quod vero dicit de navibus non potest quadrare nostro casui, nisi propediem essent ad locum perventurae. Caeterum si per aliquod temporis spatium eo in casu cum Arias *Pinell. ut supra*, nequit habere locum in eadem constitutione, quando brevi tempore non esse publicanda.

Caeterum, si deceptio occurreret absque dolo contrahentium, et deceptione ex proposito, veluti ut si venditor credit se vendere, justo pretio. Et emptor similiter credit se emere justo pretio, tunc enim uterque est tutus in foro conscientiae, licet alter eorum sit laesus, vel deceptus re ipsa; ita ut etiam si laedens postmodum cognoverit re ipsa proximum laesisse, haec sunt verba ejusdem *Barbos. loco supra citato, n.* 117.

Nec obstat nostrae sententiae, fere ab omnibus approbatae, si dicatur legem non obligare, nisi promulgatam; et ideo licet venditor tritici sciret legem conditam, sed non publicatam, attamen cum lex debeat omnes aequaliter obligare, alias esset injusta, et invalida c. *erit autem lex. distinct.* 2. neque eam tenetur observare.

50 Nam adhuc respondet *Menoch. de arbitrar. jud. d. lib. 2. centar. 2. casic.* 185. *n.* 20. illud non procedere, quando cum scientia concurrit fraus ad alterius detrimentum in eo actu, in quo lex ex bono, et aequo vult esse agendum, ubi loquitur in terminis de nostro casu jam proposito, et approbat dictum *Bart.*

Tandem non suffragatur adversantibus exemplum Joseph in Aegypto, qui tempore abundantiae cumulavit magnam frumenti quantitatem pro tempore penuriae; quia ibi non agebatur de tempore brevi cum abundantia septennio duraverit, seu durare debuerit, et caristia per aliud septennium, et sic non sumus in brevi tempore videlicet propediem, et ideo negatur paritas.

Dicere autem venditorem uti jure suo, etiam scientem brevi venturam abundantiam, quia triticum vendit pretio currenti, et ideo nemini facit injuriam. Nam verum quidem, est uti jure suo, sed cum cauda, scilicet intercedente calliditate ad decipiendum ementem, ut ipse lucrum faciat, quod alias non erat facturus, si ignorasset talem constitutionem, vel non ignorasset propediem in magna quantitate venturum esse triticum; enim vero non sunt laxandae habenae in materia lucri faciendi, quia satis mercatorum natura, et cujuscumque alterius, prona est ad interesse, et lucrum.

QUAESTIO XXVII.

An promittens in venditione domus, servitutem stillicidii per haec verba, stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint, *teneatur, si non adsunt, illa acquirere.*

SUMMARIUM

1. Promittens servitutem stillicidii in venditione per haec verba *stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint*, an teneatur, si non adsunt, illa acquirere.
2. Venditor non tenetur praestare servitutem stillicidii activam, sed tantum passivam, ratione illorum verborum, stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint.
3. Vendens fundum uti optimum, et maximum illumque ut talem tradens tenetur de evictione, si inveniatur servus.
4. Venditor, si in venditione promiserit servitutem, vel viae, vel itineris, tenetur de evictione, si illam non manuteneat.
5. Venditor vendens domum, sciens servam esse, et tacens, tenetur de evictione, vel ad interesse, nec sufficit generalis mentio, sed requiritur specialis.
6. Emptor non emeret, si sciret onus esl, vel minoris emisset.
7. Clausula, servitutes, si quae debentur, debuntur, non liberat venditorem, scientem servitutis speciem illamque non experimentem, nisi in specie illam exprimat.
8. Venditor tenetur ad interesse quando sciens vitium rei, et illud tacet.

Es casus figuratione melius intelligitur titulus quaestionis. 1
Diximus in quaestione 25. si in venditione domus dictum fuisset, *stillicidio uti nunc sunt, ut ita sint*, cum haec verba sint obscura, et ambigua, videlicet, an referantur ad servitutem activam, an vero passivam, postquam enim in facti contingentia apparuisset domum venditam non habuisse servitutem activam, stillicidii videlicet, ut aedes vicinorum reciperent stillicidium domus emptae, sed contrarium appareret, domum venditam teneri pati servitutem aedium vicinorum, modo in praesenti quaestione quaeritur, an venditor teneatur acquirere servitutem activam stillicidii seu illam praestare emptori, et ratio dubitandi fuit. quia illa verba, *stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint*, interpretantur contra venditorem, ut solummodo referantur ad servitutem activam stillicidii, non autem passivam ex *l. si arborem* 16. *§. haec lex traditionis, ff. de servitutibus urbanor. praedior.* in haec verba. *Haec lex traditionis stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint: hoc significat, impositam vicinis necessitatem stillicidiorum excipiendorum: non illud, ut etiam emptor stillicidia suscipiat aedificiorum vicinorum: hoc igitur pollicetur venditor: sibi quidem stillicidiorum servitutem deberi, se autem nulli debere. Quae de stillicidio scripta sunt, etiam caeteris servitutibus accipienda sunt, si in contrarium nihil nominatim actum est.*

Nostra conclusio est, venditorem non teneri praestare ser- 2
vitutem stillicidii activam, sed tantum teneri actione ex empto, vel quanti minoris ipsi emptori, et etiam ad interesse, prior pars conclusionis probatur ex *l. quod ad servitutes* 75. *ff. de evictionibus*, cujus haec sunt verba. *Quod ad servitutes praediorum attinet, si tacite sequutae sunt, et vindicentur ab alio. Quintus Mutius, et Sabinus existimant, venditorem ob evictionem teneri non posse. Nec enim evictionis nomine quemquam in eo jure teneri, quod tacite soleat accedere: nisi ut optimus, maximusque esset, traditus fuerit* 3
fundus; tunc enim liberum ab omni servitute praestandum. Si vero emptor petat viam, vel actum: venditorem teneri non posse, nisi nominatim dixerit, accessurum iter, vel actum: 4
tunc enim teneri eum, qui ita dixerit. Et vera est. Quinti

Mutii sententia, ut qui optimum, maximumque fundum tradidit, liberum praestat: non etiam deberi alias servitutes, nisi hoc specialiter ab eo accessum sit. Apparet igitur ex hac lege servitutes, si quae sunt, tacite transire in emptorem, etiam si de eis nihil dictum fuerit ex decantata *l. si aquaeductus* 47. *ff. de contrahenda emptione*, ex qua apparet jura realia transire in acquirentem, etiam si de eis nulla facta fuerit mentio, nisi venditor tradidisset fundum uti optimum maximum, quia eo in casu tenetur venditor praestare fundum liberum. Si vero emptor intendat teneri venditorem praestare illi servitutem, lex ipsa id negat in *dict. vers. si vero emptor*, nisi expresse dixerit accessurum iter: idem probat *Castren. in d. l. si arborem d. §. haec lex traditionis.*

Quo vero ad secundam partem nostrae conclusionis, venditorem teneri ex empto, vel quanti minoris, immo ad interesse, seu de evictione, quando idem venditor sciebat domum venditam servam esse, et tacuit, hoc probatur ex *l. quaero* 40. *ff. de actionibus empti, et venditi*, in haec verba. *Quae-*
5 *ro si quis fundum ita vendiderit, ut id venundatum esse videatur, quod intra terminos ipse possedit, sciens tamen aliquam partem certam se non possidere, non certioraverit emptorem, an ex empto judicio teneatur, cum haec generalis adjectio ad ea, quae specialiter novit, qui vendidit, nec excepit, pertinere non debeat? Ne alioquin emptor capiatur, qui fortasse, si hoc cognovisset, vel empturus non es-*
6 *set, vel minoris empturus esset, si certioratus de certo loco fuisset, cum hoc, ut apud veteres sit relatum in ejus perso-*
7 *na, qui sic exceperat: servitutes, si quae debentur, debebuntur, etenim juris auctores responderunt, si certus venditor quibusdam personis certis, certas servitutes deberi, non admonuisset emptorem, ex empto eum teneri debere, quando haec generalis exceptio non ad ea pertinere debeat, quae venditor novit, quaeque specialiter excipere, et potuit, et debuit, sed ad ea, quae ignoraverit, et de quibus emptorem certiorare nequivit. Herennius Modestinus respondit, si quid circumveniendi emptoris causa venditor in specie, de qua quaeritur, scivit ex empto actione conveniri posse.*

Et idem probare textus *in l. quoties* 61. *ff.* de aedilit. aedict. ibi *quoties de servitute agitur, victus tantum debet praestare, quanti minoris emisset emptor, si scivisset hanc servitutem impositam* concordat pariter, *leg. 1. §. venditor, ff.* de action. *empt. et vend. venditor si eam sciret deberi servitutem, celavit, non evadet ex empto rationem, si modo eam rem emptor ignoravit. Omnia enim, quae contra bonam fidem fiunt, veniant in empti actione.*

8 Et quod ad interesse pertinet, probat textus in *l. Julianus* 14. *§. Item qui furem ff. de action. empt. et vend.* ibi. *Item qui furem vendidit, aut fugitivum: si quidem sciens, praestare debebit quanti emptoris interfuit non decipi: si vero ignorans: circa fugitivum quidem tenetur, quanti minoris empturus esset, si eum fugitivum scisset.*

QUAESTIO XXVIII.

An dominans invito serviente, possit aliunde suam servitutem stillicidii divertere, hoc est tollere illud servitutis gravamen passum, ab ipso serviente.

SUMMARIUM

1. Dominans an possit tollere servitutem stillicidii cadentis in fundo serviente invito domino serviente qui aliquam sentit utilitatem, resolutio est negativa, ut n. 4. in principio.
2. Quilibet renunciare potest favori suo, quem possidet.
3. Quilibet rei suae est moderator, et arbiter.
4. Unumquodque dissolvitur, eo modo quo colligatum est.
5. Malitiis hominum semper esse obviandum.
6. Scientia, et patientia sunt requisita substantialia servitutis.
7. Quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest.
8. Contractus non debet claudicare, nam quod claudicat, justum non est.
9. Aequitas in contractibus semper est servanda, seu aequalitas.
10. Dominus rivi concedens facultatem alteri vicino introducendi in ejus rivum aquam, ipse imponit servitutem passivam recipiendi aquam vicini, et ipse acquirit activam prohibendi vicino, ne aliunde aquam suam divertere possit.
11. Omne agens agit, propter finem.
12. Actus regulatur a sua causa.
13. Causa finalis est fons, et origo aliarum causarum.
14. Causa actus attenditur potius, quam ipse actus.
15. Servitus servitutis esse non potest.
16. Servitus servitutis esse non potest respectu ejusdem, secus respectu diversorum, vide infra n. 21.
17. Usufructuarius potest concedere alteri usum, vel habitationem.
18. Usuarius non potest alii concedere jus suum, licet etiam cui legata est habitatio, possit alteri locare portiunculam domus.
19. Servitus aquae haustus potest concedi ex aquaeductus servitute, quae est servitus realis.
20. Res una non debet censeri diverso jure.
21. Res una respectu diversarum rationum diverso jure censeri potest.
22. Filiusfamil., censetur in potestate, et non in potestate.
23. Servitus aquaeductus duo continet, et aquam, et rivum, aqua differt a rivo.
24. Servitus aquaeductus non amittitur praescriptione, nisi facto rivo, et eo non usus fuerit dominans per longissimum tempus.
25. Quae a principio sunt voluntatis, post factum sunt necessitatis.
26. Nemo est tam resupinus, ut velit onus suscipere sine aliqua utilitate, vel suum jactare.
27. Vicinus aperiens ripam mei rivi ad introducendam suam aquam in rivo, ad exonerandam, seu suam roggiam terminandam, poenitentia ductus, an possit iterum illam aquam aliunde divertere remissive respondetur.
28. Stillicidium corruente aedificio non amittitur.
29. Ususfructus perit corruente aedificio, nec dominus tenetur illud reaedificare; etsi reaedificaverit, non tamen vivit ususfructus.

Proponendo facti speciem melius titulus quaestionis intel- 1
ligetur videlicet, Antonius habebat servitutem activam stillicidii cadentis in fundo Petri virtute conventionis specialis, cum Petro. Idem Petrus attento hujusmodi stillicidio, fecit quamdam cisternam, et in eam defluere faciebat dictam aquam pluvialem per penetrationem, prout practicatur in cisternis; ad hoc, ut aqua pluvialis purificetur, et ad salutem sit utilis, dictus Petrus usus est ea cisterna, hac arrepta occasione, seu potius attento exemplo ejusdem Petri, Antonius fecit sibi Cisternam, qua completa voluit divertere suum stillicidium cadens in fundo Petri, Petrus inhibuit Antonio talem diversionem, quaerebatur an Antonius posset ejus stillicidium invito Petro, divertere a solito loco. Vel etiam figurari potest casus, si Petrus utebatur aqua stillicidii ipsius Antonii, ad irriganda, ejus Prata, idem videns Antonius, et ipse voluit uti eadem aqua ad irriganda pariter propria prata documento Petri edoctus, quaerebatur an posset Antonius privare Petrum tali aqua, quae onerabat Petrum servitute passiva stillicidii.

Videbatur dicendum posse dominantem remittere servitutem stillicidij domino servienti, eo quod hujusmodi servitus sit introducta, et concessa favore dominantis scriptum est
autem, quemlibet renunciare posse favori, quem possidet 2
l. si judex 41. *ff. de minoribus l. penultima c. de pactis, et l. pactum* 47. *ff. de pactis, et l. si quis in conscribendo* 29. c. *de pactis*, cum ergo servitus stillicidii sit ad favorem dominantis, merito poterit illam remittere, et liberare servientem ab illo onere, etiam reluctante domino serviente.

Hoc autem potest demonstrari exemplo in aquaeductus servitute; nam demus casum, quem habere aquaeductum in alieno fundo jure servitutis, et per longum tempus aquam duxisse per eum fundum, tractu temporis poenitentia ductus, vult dictam aquam aliunde divertere, licitum est ei illam aliunde ducere, ubi magis placuerit, cum aqua sit ejus propria, et dominus ejusdem; quilibet autem in suo potest
facere quidquid lubet, cum ejusdem rei sit moderator, et ar- 3
biter *l. in re mandata c. mandati*; et hoc praecipue magis procedere deberet, quia liberaret dominus propriam fundum servientem, tali onere affectum. Quin immo dari potest casus, quod aedificium illud, quod habet stillicidium activum, corruat, eoque casu non est in facultate domini servientis cogendi dominantem reficere tale aedificium adhuc, ut possit uti aqua stillicidii pro cisterna, nam tale praedium urbanum non videtur affectum, et suppositum dictae obligationi ab ipso servienti, cum solummodo inter ipsos contrahentes dictum fuerit de recipienda servitute stillicidii, sed quod non posset dominans, aliunde divertere tale stillicidium, nihil dictum fuit.

Quibus tamen non obstantibus contrarium est verius, et probatur ex ipsamet conventione inter ipsos contrahentes inita, quae conventio, cum sit munita utriusque consensu, illa venit observanda *l. juris gentium §. ait praetor ff. de pactis*, cum hujusmodi conventio non sit contra bonos mores, neque contra leges. Scriptum est autem unum quodque dissolvi, eo
modo, quo colligatum est *l. nihil tam naturale* 36. *ff. de* 4
regulis juris, ergo invito domino serviente, non potest dominans recedere ab ipsa conventione, et hujusmodi servitutem remittere.

Secundo scriptum est malitiis hominum semper obvian- 5
dum *l. in fundo alieno* 30. *§. censeamur vers. neque enim malitiis indulgendum est ff. de actione rei vendicationis.* Malitiose enim facit dominans, remittendo servitutem stillicidii, ratione ejusdem finis, qui est, ut et ipse introducere possit in suam cisternam aquam provenientem ex dicto stillicidio, vel ut possit propria irrigare prata, juxta factum sup-

positum, ut supra, et ideo sub hac speciosa directione supponendo facere rem gratam servienti, in remittendo servitutem, eidem infert damnum; auferendo illud aquae beneficium, sive pro cisternas, sive pro irrigatione ejus prati. Non enim est impossibile, quod etiam ex stillicidio possimus acquirere servitutem aquaeductus, ut diximus in superioribus quaestionibus, quaestione 20. hoc eodem capite concurrentibus requisitis essentialibus ad illam acquirendam, in fundo 6 ejusdem vicini domini stillicidii, nec non scientia, et patientia ejusdem dominantis cum opere manufacto *ex lib. 1. c. de servitutibus, et aqua, ubi copiose Augustinus Barbosa*, quapropter, cum agatur de auferendo jure alieno, scriptum est, neminem posse jus alienum alteri auferre sine facto suo, 7 *l. id quod nostrum ff. de regulis juris. et quod ibi notant scribentes*, imo Decius ibidem, *sub n. primo*, explicat, quomodo intelligantur illa verba, sine facto nostro, sive ex regula. quod contractus claudicare non debet, quia quod clau- 8 dicat justum non est *l. si socius pro filia, ff. pro socio*, et clarius in *l. si id quod 7. §. nec illud ff. de rescindend. vendit. l. fin. ff. de acceptilat.* unus enim esset obligatus. alter vero non; nam dominus serviens semper, et in perpetuum esset obligatus, conventionem servare, dominans vero non, sed ad sui placitum posset ab ea resilire, et ita in contractu 9 non servaretur aequalitas, quae semper venit attendenda. *Cravet. cons. 239. n. 41. et sequent.* loquendo semper quando sumus in contractu ultro citroque obligatorio; et ideo si dominus serviens in perpetuum est obligatus pati talem servitutem; ita etiam dominans est obligatus stare conventioni, nisi concurrat consensus servientis ad eam dissolvendam.

Tertio in servitute concessa duo includuntur, seu duo sunt attendenda nempe servitus activa, et passiva, activa quae competit dominanti, et passiva quae debetur a domino serviente favore dominantis; rursus servitus passiva trahere potest secum activam, tacite in eadem passiva inclusam. Explico exemplo, si quis habeat aliquem rivum, per quem aquam ducit, sed quia post usum ejusdem aquae, ruggia vel rivus non habet terminationem aliquam, et ad exonerandum se ipsam aquis per eam defluentibus, necesse habet deprecari vicinum, ut in ejus ruggiam possit introducere propriam, et 10 ita vicinus ille concedit facultatem petenti, frangendi ripam ejusdem ruggiae ut in eam ingredi possit aqua dicti petentis, certum est, vicinum teneri se illud in commodum recipere aquam illius tertii jure servitutis active favore dominantis, et passive in odium ipsius concedentis. Veramtamen, quia omne agens agit propter finem, ut infra demonstrabimus, si vicinus ille concessit servitutem activam, sub hoc fine permisit, quia mediante illa servitute recipiendi aquam, et ipse concedens acquirit aquam, qua mediante impinguaretur aqua, et rivus. Ecce vicinus iste acquirit servitutem, et ipse activam. ut ille. Tertius amplius possit propriam aquam aliunde divertere, quae servitus respectu vicini dicitur activa, et respectu tertii aquam introducentis in ruggiam vicini dicitur passiva, hoc est, pati tenetur suam ruggiam perpetuo introducere aquam, favore vicini, nec illam aliunde posse amplius divertere ratione servitutis activae acquisitae a vicino in ruggiam illius tertii, et sic hujusmodi concessio dicitur correspectiva respectu utriusque, nam ideo vicinus concessit facultatem illi tertio introducendi propriam aquam in ejus rivum, contemplatione acquirendi dictam aquam, in perpetuum. alias, nec aliter. nec alio modo concessisset servitutem introducendi aquam illius tertii, et ita reducitur ad contractum innominatum do, ut des, vel facio ut facias de qua re vide infra hac eadem quaestione in versic. Nec obstat exemplum.

11 Ratio autem est in promptu, quia attenditur finis agentis, seu causa finalis, et actus ob ea regulariter, seu causa finalis 12 est fons, et origo aliarum causarum ad diffuse notata per *Bal-* 13 *dum in l. cum quam n. 1. c. de fideicommissis, Alexander consilio 52. n. 11. volum. 4.* immo potius attenditur causa 14 actus, quam actus ipse *Bald. in lib. 1. n. 14. versic. tu dic c. de emancipat. liberor. Cravet. consilio 75. n. 15. volum.* sic ergo, quatenus Petrus concessit servitutem Antonio, illam concessit ad finem, ut ipse possit introducere aquam in suam cisternam, vel ad irrigandum ejus pratum, quapropter non est in facultate dominantis, tollere jus servitutis competens servienti respectu stillicidii dominantis, alias nec aliter, nec alio modo serviens concessisset servitutem dominanti.

15 Neque valet, si opponatur admissa hac propositione, servitutem passivam, continere in se etiam activam. sequeretur, quod servitus servitutis esset, sed hoc est falsum. *Bart. in lib. 1. ff. de usufructu legat.* ergo servitus passiva non potest continere activam *Bart. in lib. 1. ff. de usufructu legato.*

Nam respondetur procedere respectu ejusdem, secus respe- 16 ctu diversorum, nam quid prohibet servitutem personalem in aliam servitutem personalem posse consistere; enim vero quid prohibet usufructuario ex suo usufructu alteri usum, vel habitationem concedere, ea ratione, quia fructuarius pot- 17 est vendere, locare, et gratis usumfructum ipsum, aut saltem illius utilitatem, et commoditatem alteri concedere, ut notat textus *in §. minus autem in fine institutionum titulo de usu. et habitatione* in illis verbis loquendo de usuario. *Nec ulli aliis jus, quod habet, aut vendere, aut gratis con-* 18 *cedere potest: cum is, qui usumfructum habet, possit haec omnia facere, et l. necessario 8. cum usumfructum ff. de periculo. et commodo rei venditae*, ubi si usufructuarius cedat commoditatem usufructus alteri, et voluntate finitur ususfructus ex persona sua, quinimmo etiam usuarius, seu is, cui legata est habitatio alicujus domus, si est tam spatiosa. ut usus ejus possit servire, et legatario, et alteri, valet hujusmodi concessio. probat textus *in l. caeterum in versiculo quid enim ff. de usu, et habitatione*, in haec verba. *Quid enim si tam spatiosae domus usus sit relictus homini mediocri, ut particula contentus sit? Sed, et cum is, quos loco servorum in operis habet habitabit, licet liberi sint, vel servi alieni.* Sic etiam non implicat servitutem realem ex servi- 19 tute praedii aliam realem concedi posse. veluti, si ex meo aquaeductu concedam tibi jus utendi aqua mea, quae transit per rivum alienum, accedente tamen consensu domini illius loci, in quo extrahenda venit aqua ex meo aquaeductu, vel etiam ex meo aquaeductu, potest concedi aquae haustus probat textus *in l. labeo 2. ff. de rivis* in haec verba. *Labeo non posse ait ex aperto rivo terrenum fieri, quia commodum domino soli auferetur appellandi pecus, vel hauriendi aquam. Quod sibi non placere Pomponius ait: quia id domino magis ex occasione, quam jure contingeret: nisi ab initio in imponenda servitute id actum esset.* Idem probatur per *leg. cum essent. 33. §. per plurium ff. de servitutibus rust. praed.* in haec verba. *Per plurium praedia aquam ducis, quoquo modo imposita servitute, nisi pactum, vel stipulatio de hoc etiam subsecuta est, neque eorum cuivis, neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere, pacto enim, vel stipulatione intervenientibus, hoc concedi solet, quamvis nullum praedium ipsi sibi servire, neque servitutis fructus constitui possit,*

Quamvis in praesenti casu nec per somnium, dici potest servitutem servitutis esse, nam servitus stillicidii favore dominantis, nihil aliud importat, quam ut dictum stillicidium cadere possit in fundo vicini jure servitutis. Respectu vero vicini, qui praetendit, et cui debetur illa aqua pluvialis, non debetur jure stillicidii, sed jure servitutis activae, videlicet ne dominans possit aliunde divertere aquam pluvialem, cadentem in fundo vicini, et qua ipsemet vicinus acquisivit servitutem aquaeductus.

Contra obstat regula, unam, et eamdem rem non posse di- 20 verso jure censeri, textus ad literam in *l. cum qui aedes, 23. §. si autem, versic. neque enim recipi potest ff. de usucapion.*

Ad hoc enim respondet *Jo. Anton. Rubeu in l. pater* 21 *filiam, n. 248. ff. de inoff. testament. in tom. 1. Repetend.* in haec verba. *Ideo non procedit regula l. cum qui aedes nec c. cum in tua. de decim. quia ex diversis rationibus, pot-* 22 *est eadem res diverso jure censeri. lib. 1. ff. ad Macedonian. ubi filiusfamilias censetur in potestate, et non in potestate et tradit Abb. in d. c. cum in tua circa finem, cum similibus, de quibus per modernos in l. 1. colum. 3. versic. 2. not. de rerum permutat.* et clarius *Ludovic. Burg. in leg. si se subjiciant ff. de jud. volum. 1. Repetent. n. 103.* in haec verba. *Nam quod principaliter dicitur, quod una, et eadem res, non debet diverso jure censeri, est verum ratione cujusdam contrarietatis, vel juris repugnantiae resultantis ex ea, si diverso jure censeretur, et ideo inquit textus in d. leg. cum qui aedes, quod una, et eadem res non potest ut res soli, et ut res mobilis possideri, quia haec ut ratio suadet, manifeste ad invicem sunt contraria, et ideo ratione hujus contrarietatis eadem res merito non debet diverso jure censeri; sed in casu nostro cessat talis contrarietas: nam quod aliquis sit judex vere ordinarius, et notarius simul, ut patet non sunt contraria: ergo non est inconveniens, quod unus, et idem sit vere judex pariter, et notarius. Ex ista mea responsio (ait doctor ille) de novo prodita, videtur evidenter probari in l. si consul ff. de adopt.*

Secundo potes iterum respondere (ait idem auctor) et

noviter: nam id, quod dicitur, quod una, et eadem res non debet diverso jure censeri, est verum, si omnino eadem res universaliter, et in totum diverso jure censeretur, et ita proprie loquitur textus in d. l. cum qui aedes, si autem eadem res non universaliter, ut in totum censeretur diverso jure, sed potius in aliquo particulari, prout in casu nostro, tunc nulli dubium est, quod ad libitum una, et eadem res potest diverso jure censeri, haec ille interpres.

Sic est in casu nostro discurrendum, aliud est servitus stillicidii activa in fundo vicini, aliud est jus aquae respectu,
23 vel cisternae, vel irrigationis prati, nam servitus activa stillicidii dominantis consistit tantum in avertendo aquam in fundo alieno, et servitus activa vicini consistit in aqua, ne dominus aliunde divertat aquam pluvialem in praejudicium recipientis stillicidium, et ut clarius loquar servitus aquaeductus, duo continet. Primum est aqua ipsa. Secundum est rivus, haec enim inter se valde differunt. Aliud enim est aqua, aliud rivus, testus ad litteram in l. si partem, 19. ff. quemadmod. servit. amittun. in qua proponitur quaedam quaestio, quae eleganter declarat nostram propositionem dicendo.
24 Si partem fundi vendendo, lege caverim, ut per eam partem in reliquum fundum meum aquam ducerem, et statutum tempus intercesserit, antequam rivum facerem, nihil juris amitto, quia nullum iter aquae fuit, sed manet mihi jus integrum, quod si fecissem iter, nec usus essem, amittam. Ecce, quomodo differunt inter se, licet mihi reservaverim facultatem aquam ducendi ad meum fundum, attamen, si lapsum fuerit tempus a jure statutum, intra quod non usus sim mea aqua, dummodo rivus non fuerit factus, nihil amitto, aliter autem, si factus fuisset rivus. Sic idem venit dicendum de servitute stillicidii, licet ubi tibi concesserim, ut aqua tuarum tegularum, in aream meam posset cadere, dummodo canalis, seu stillicidium, quod dicitur iter aquae pluvialis, non fuerit factum, per non usum tempore statutum non amittam servitutem, ergo stillicidium, et aqua differunt inter se, nam canalis constituit stillicidium, et aqua ex eo cadens in area, vel praedio vicini constituit servitutem, vel aquaeductum, vel jus introducendi aquam in cisternam, et ita satis videtur sublata objectio deducta ex d. l. cum qui aedes, §. si autem.

Non obstant modo in contrarium adducta, nam ad primum respondetur procedere quando non adesset conventio, ipso-
25 rum contrahentium, quia, quae a principio sunt voluntatis, post factum fiunt necessitatis l. sicut. c. de action. empt et vend. l. 1. c. quando liceat ab emptione disced. ideo fuit contracta stipulatio, si conventio fuit per instrumentum: nec refert hoc esse ad sui favorem, qui non est in ejus facultate recedendi, praecipue cum tale stillicidium sit etiam ad favorem domini servientis, qui utitur aqua stillicidii ad sui beneficium, vel ob cisternam, vel ob prati irrigationem, alias dominus serviens non fuisset contracturus, cum dominante;
26 enim vero nemo est tam resupinus, ut velit onus suscipere, ac damnum sine aliqua utilitate sentire, et suum jactare, l. cum de indebito, 25. §. qui enim solvit ff. de probat.

Non obstat exemplum deductum de volente divertere aquam rivi aliunde, ut alibi fluat ad sui libitum, quia respondetur, procedere, quando dominus serviens nullam sentit utilitatem ex dicto rivo, alias secus, prout latius diximus, lib. 2. de
27 aquaeduct. cap. 9. qu. 33. ubi proposuimus illam quaestionem. An ex apertura facta a vicino in rivo meo ad suam introducendam aquam, mihi dicatur acquisita servitus aquaeductus, cum jure prohibendi vicino, ne aquam, quam introducit in rivo meo, aliunde divertat: et diximus dominum rivi acquisivisse servitutem activam contra vicinum, aquam introducentem in rivo domini servitutis, cum facultate prohibendi, et ad ibi dicta me remitto, quanto magis in hoc nostro praesenti casu procedere debet; in quo adest conventio correspectiva, quia unus actus fuit factus contemplatione alterius, et ideo dicuntur inter se correspectivi, nempe dominus serviens concessit vicino servitutem stillicidii, quia et ipse acquisivit ex illa concessione servitutem aquaeductus, vel pro irrigatione ejus prati, vel ad manutentionem aquae in sua cisterna, et ideo dicuntur actus correspectivi, si non expresse saltem tacite, nam exitus acta probabit.

28 Et dato casu, quod aedificium corrueret, non propterea servitus stillicidii periret, quia si restauretur, reviviscit, et durat l. servitutes 19. §. si sublatum. ff. de servitut. urban. praedior. in haec verba. Si sublatum sit aedificium, ex quo stillicidium cadit, ut in eadem specie, et qualitate reponatur utilitas exigit. Caeterum, si sine culpa domini aedificium corruerit, ei nihil est imputandum. Quemadmodum, si aedificium corruat, cujus quis erat usufructuarius, usufructus 29
etiam perit, ut probat dictus, §. si sublatum in fine in illis verbis. Et ideo sublato aedificio usufructus interit, quamvis area pars sit aedificii. Et idem erit dicendum de stillicidio, si iterum illud non reaedificetur, ut supra dictum est.

Et licet nihil dictum fuerit, quod dominans non posset illud stillicidium aliunde divertere, tamen vigore conventionis, tenetur illud manutenere in eo statu, in quo fuit repositum, nam ex eo, quod statim perfecta conventione secutum est, videlicet statim dominus serviens incepit irrigare suum pratum ex ea aqua pluviali ex stillicidio defluente, vel statim construxit cisternam ad introducendam dictam aquam pluvialem in eam, ex quibus elicitur qualis fuerit animus contrahentium includendi ea, de quibus non est facta mentio.

QUAESTIO XXIX.

An habens stillicidium, versus viam ratione stillicidii possit aperire januam versus dictam viam.

SUMMARIUM.

1. Spatium duorum pedum secundum jus commune est dimittendum inter aedificantem, et vicinum, secundum vero jus statutorum mediolan. unius pedis.
2. Habens stillicidium versus viam, si est privata, non potest januam aperire ad effectum per eam eundi, secus vero si ad effectum eundi sub grunda pro conservatione suae domus, si vero ad eundum per viam publicam potest.
3. Nemo in publico aliquid moliri potest, nisi principis auctoritate
4. Quilibet in publico aliquid facere potest, dummodo non noceatur, vel publico, vel privato, auctoritate tamen principis.
5. Habens stillicidium jure servitutis sub grunda potest aperire ostium vel januam.
6. Habens servitutem aquaeductus potest rivum purgare, et terram projicere ab utroque latere et alia facere, sine quibus servitute uti non potest.
7. Servitute concessa omnia censentur concessa, sine quibus servitute uti non potest.
8. Vicinus potest facere fenestras in suo pariete stante spatio duorum, vel unius pedis.

Pro intelligentia quaestionis de jure communi quando quis 1
aedificat, tenetur dimittere spatium duorum pedum a praedio vicini, et ita aedificare, ad formam textus in l. fin ff. fin regundor. in illis verbis Si quis sepem ad alienum praedium fixerit infoderitque terminum ne excedito. si maceriem, pedem relinquito, si vero domum, pedes duos, si sepulcrum, aut scrobem foderit quantum profunditatis habuerint, tantum spatii relinquito. Haec autem lex licet loqui videatur de servitutibus rusticorum praediorum, attamen ex inveterata consuetudine in hac nostra provincia mediolanensi ad unguem observatur, etiam in praediis urbanis, ut testati sunt mihi omnes periti hujus provinciae, et de quibus supra in quaest. 23. plura diximus: in ducatu autem mediolanensi sufficit si dimittatur spatium unius pedis, ut ex statuto 333. vol. 2. et 334. quibus positis.

Est respondendum cum distinctione, vel via est privata, 2
videlicet cum quis habet viam pro eundo ad domum suam, quae via non habet alium aditum, nisi ab una parte, ab altera vero est clausa, si vicinus, qui nunquam habuit januam versus dictam viam, noviter vellet aperire januam versus eamdem viam, quo in casu resolutio est negativa, quatenus vellet uti eadem via, quia cum talis via inserviat alteri domui tantum, vel producenda necessariis habitatoribus dictae domus, cum curru, eo quod ipsa via fuerit tantum ad usum illius domus, non potest quis aliquid in alieno moliri, sine consensu ipsius domini l. 1. §. idem aiunt ff. de aqua pluvia arcenda in illis verbis, dum opus in alieno non fiat.

Si vero velit aperire januam, quatenus se extendit rigor stillicidii, in hoc casu videtur, immo de jure potest aperire januam, ut possit accedere ad illam partem soli, quam dimisit in aedificando propriam domum, eo quod illud solum non sit jure servitutis, sed jure dominii, quod solum inservit pro conservando pariete, et inspiciendo, quae sunt inspicienda pro conservatione ipsius domus, ita deducitur ex l. finali §. Lucius Titius ff. de ser. urb. praed. in haec verba. Lucius Titius aperto pariete domus suae, quatenus stillicidii rigor, et signorum projectus competebat, januam in publico aperuit. Quaero cum neque luminibus Publii Mevii vicini, neque itineri officeret, neque stillicidium in vicini domum caderet, an aliquam actionem Publius Mevius vicinus

ad prohibendum haberet? Respondit secundum eu; quae prohibenti pontrentur, nullam habere. Quem textum exemplificat Florianus ibidem habere locum, etiam in privato loco, loquendo, semper secundum stillicidii rigorem ad formam illius textus dicit J. C. *quatenus stillicidii rigor se extendit*, quia nullo mediante spacio, seu dimisso a pariete privati ad locum publicum non potest id fieri sine licentia principis, sed tantum quatenus se extendit rigor stillicidii versus viam publicam, cum sit regula quod nemo potest aliquid moliri in pu-
3 blico per textum *in l. secunda ff. ne quid in loco publico, vel itinere fiat* in haec verba. *Praetor ait: ne quid in loco publico facias, inve eum locum immittas, qua ex re quid illi damni datur, praeterquam quod lege, senatus consulto edicto, decretove principum sibi concessum est, de eo quod factum dabo*, et clarus textus in dicta *l. praetor ait* 2. §. *merito ait praetor ff. eodem titulo* per haec verba tam clara. *Merito ait praetor: qua ex re quid illi damni detur: nam*
4 *quotiescumque aliquid in publico fieri permittitur, ita oportet permitti, ut sine injuria cujusquam fiat, et ita solet princeps, quoties aliquid novi operis instituendum petitur permittere. Damnum autem pati videtur, qui commodum amittit, quod ex publico consequebatur, quale quale sit*, liberum est enim cuilibet in suo facere, quod ei lubet, dummodo in alieno nihil immittat, vel noceat *dicta l.* 1. §. *idem aiunt aquam pluviam ff. de aqua pluvia arcenda*, hic autem nullum damnum infertur vicino, cum dominus aedium januam aperuerit solummodo pro eundo in suo solo ad prospiciendam ea, quae fuerint necessaria pro aedium conservatione; hanc eamdem sententiam tenet *Cepola de servitutibus urban. praedior. c. 42. de ostio, seu porta*, in principio usque ad numerum secundum, et cap. 40. eodem titulo de pariete, et muro *n.* 6.

5 Immo amplianda est haec nostra decisio, ut habeat etiam locum, si solum, quod est sub stillicidio, non competeret domino aedium jure dominii, sed solummodo jure servitutis stillicidii, quia nihilominus poterit aperire ostium in ejus pariete ad conservandam servitutem, ex regula, qui habet servitutem, debet etiam habere aditum ad illam conservandam,
6 et reficiendam, pro ut dicimus de servitute aqueductus concessa per fundum alienum, censetur etiam concessum iter ad rivum pro eo purgando ab utroque latere ruggiae *l. refectionis*, 12. §. *si per tuum fundum ff. communia praediorum* in haec verba. *Si per tuum fundum jus mihi est, aquam rivo ducere, tacite haec jura sequuntur: ut reficere mihi rivum liceat: ut adire quam proxime possim ad reficiendum eum, ego fabrique mei: item ut spacium relinquat mihi dominus fundi, quod dextra et sinistra ad rivum, eam: et quo terram, limum, lapidem, arenam, calcem jacere possim*: et haec est etiam regula generalis, quando agitur de ser-
7 vitute concessa, sine quibus servitute quis uti non potest, *l. servitutes* 19. §. *si domo ff. de servitutib. urban. l.* 3. §. *qui habet. ff. de servitut. rustic. praedior Bart. in dict.* §. *si domo* cum caeteris interpretibus. *Anton. Perez ad lib.* 3. *c. tit.* 34. *de servitat. et aqua n.* 8. *Donell. Enucleat lib.* 11. *cap.* 14. *littera A. et in annotat.*

8 Ampliatur etiam, ut multo magis possit facere fenestras in suo pariete versus vicinum loquendo de jure communi, quando adest spacium dimissum pro stillicidio duorum pedum ne *dicta l. fin. ff. fin. regundor.* sed etiam ex jure statutario, ut in civitate Mediolani *d. Statuto* 333. *et* 334. licet de dicto jure statutario teneatur solummodo dimittere unum pedem, alius si non fuerit dimissum tale spatium, nec stillicidium, nec fenestram aperire poterit, et hoc etiam idem venit dicendum de jure communi, si nullum spacium dimiserit in aedificando inter ipsum, et vicinum, vel nisi eo casu habeat servitutem stillicidii, quo in casu ex regula, ut supra poterit etiam habere hostium, seu portam pro eundo ad solum sub grandia pro manutentione servitutis, ut supra dictum est. An vero possit facere fenestram, de hac quaestione suo loco discurremus, quando agemus de fenestris.

QUAESTIO XXX.

An quis possit aedificare in area sua, ubi casitat stillicidium vicini jure servitutis.

SUMMARIUM

1. Res propria sibi non servit.
2. An dominus serviens possit aedificare in area sua, ubi casitat stillicidium jure servitutis.
3. Quis non potest aedificare ab loco, ubi stillicidium casitat jure servitutis.
4. Dominus serviens aedificare potest in loco, ubi casitat stillicidium jure servitutis.
5. Conformantur §. si servitus, cum §. qui in area in l. servitutes ff. de servitutib. urban. praedior. adducta per Caepolam hic adducitur, et postea illa auctoris.
6. Dictio *usque* quando stat inclusive, quando exclusive, regulariter loquendo stat inclusive.
7. Ex diversis non fit illatio.
8. Quod tibi non nocet, et alteri prodest, venit concedendum, licet jure deficiamus.
9. Dominus dominans potest, et ipse mutare servitutem servato semper indemni domino servientis.
10. Damnum occurrens inter dominum servientem, et dominantem illud est attendendum, quod majus est, et si sint paria: eo in casu melior est conditio possidentis, et praecipue servientis.
11. Electio loci ubi constituenda est servitus ad quem spectet, remissive.
12. Habens facultatem eundi, seu eligendi locum servitutis in infinitum non potest eligere locum per medias vineas, sed in loco minori detrimento fundi servientis.
13. Quaedam tacita in sermone excipiuntur, licet non sint dicta.

In hac quaestione proposita non loquimur de stillicidio casitante in solo proprio, sive ad formam juris communis ut 1
in dicta *leg. fin. ff. fin. regund.* neque de jure municipali veluti mediolanensi in quo dimittitur tantum unus pes inter vicinum, et aedificantem, et duo pedes de jure communi, quia illud solum, in quo casitat, est jure dominii, et proinde
non dicitur servitus stillicidii, quia res propria sibi non ser- 2
vit. *l. in re communi* 25. *ff. de servitut. urban. praed.* sed loquimur de servitute stillicidii debita in fundo vicini, et in ea acquisita, quapropter ita formatur casus.

Titius concessit servitutem stillicidii in sua area Antonio, ut posset per canalem, vel aliquo alio modo ducere aquam pluvialem jure stillicidii in ejus area, quaesitum fuit, an Titius possit aedificare, nedum in illa area, sed etiam in eo loco ubi casitat stillicidium jure servitutis.

Prima facie videbatur dicendum non posse dominum ser- 3
vientem aedificare in eo loco ubi coepit casitare stillicidium textus ad literam *in l. servitutes* §. *si servitus ff. de servit. urban. praed.* in haec verba. *Si servitus stillicidii imposita sit, non licet domino servientis areae ibi aedificare, ubi casitare coepisse et stillicidium.* Ea ratione quia quae a principio sunt voluntatis post factum sunt necessitatis *leg. juris gentium* 8. §. *ait praetor*, et in *l. contrectas* 23. *in versic. sed hoc ita ff. de reg. juris.* Hinc cum Dominus serviens concesserit servitutem dominanti in eo loco, non erit amplius in facultate ipsius servientis illam tollere, vel mutare.

Nostra tamen conclusio est, servientem in eo loco aedifica- 4
re posse dummodo non impediat executionem servitutis stillicidii. Textus est ad literam in eadem, *l. servitutes* §. *qui in area, ff. de servit. urban. praed.* in haec verba: *qui in area, in qua stillicidium cadit, aedificat: usque ad eum locum perducere aedificium potest, unde stillicidium cadit recte. Sed si in aedificio cadit stillicidium, supra aedificare ei conceditur, dum tamen stillicidium recte recipiatur.*

Licet Caepola plura dicat circa concordantiam horum tex- 5
tuum *cap.* 28. *sub. n.* 7. Imo magni facit contrarietatem inter eos, et valde laborat in adducenda legitima concordantia, mihi enim videtur in cassum laborare, cum ex iisdemmet textibus satis scateat concordantia: nam primus scilicet §. *si servitus stillicidii* loquitur quando serviens vellet impedire servitutem stillicidii ne recipiatur, ita explicat glossa in verbis *ibi aedificare* in haec verba. *Scilicet sic ut non recipiatur stillicidium: alioquin est contra finem hujus legis* §. *vero.* Qui in area loquitur de se tam clare, idest *qui in area, in qua stillicidium cadit, aedificat, usque ad eum locum perducere aedificium potest.* Idest exclusive, licet haec dictio 6
sit inclusiva regulariter loquendo, ut notat *August. Barbosa in dictione usque* 437. *n.* 1. limitanda tamen est quoties, includeretur terminus contra legem, ut sit ibi *n.* 15. sive etiam ad evitandum absurdum, ut ibi *n.* 17. vel quando haec dictio applicatur termino, qui non est de essentia rei, ut ibi *n.* 19. cum autem hic habeamus legem claram in *d.* §. *si servitus* non posse servientem impedire stillicidium, merito illa dictio debet stare exclusive non inclusive.

Et ad corroborandum suum dubium notat illam dictionem, *sed.* quae est adversativa, *l. sed et si in primo. ff. de petitione hered. et plenaria Augustinus Barbosa in eadem dictione. sed* 360. *n.* 1. recte dicit, quia id, quod sequitur utique diversum est a praecedentibus verbis, quia loquitur in casu diverso, quando scilicet stillicidium concessum cadit in ae

dificio. eo in casu videtur concedi facultas aedificandi supra illud aedificium, dum tamen stillicidium recte recipiatur, diversitas enim casuum, seu circumstantiarum diversificatur etiam dispositio; cum quandoque circumstantia mutet casus speciem ex quod ex facto jus oriatur *l. si ex plagis* ʒ. *in clivo ff. ad legem aquiliam.*

Cum ergo ipsimet Caepola admittat diversitatem inter antecedentem casum. et hunc subsequentem, quam diversitatem nullo modo negare potest, cum eam ipse adduxerit, non potest illationem illam inducere in antecedenti, non posse quem aedificare usque ad stillicidium, argumento ducto a contrario sensu, quia cum certa sit diversitas casuum inter
7 primum, et secundum ex diversis non potest fieri illatio *ex l. ultima in fine, et ibi Bartolus, et ex l. inter stipulantes* ʒ *sacrum ff. de verborum obligationibus, et copiose Augustinus Barbosa axiomate juris etc.* 114. *n. 1.*

Alia ratio est, quia in hoc secundo casu agitur de stillicidio, quod casitat in eodem aedificio serviente, in quo diversa est ratio, cum enim stillicidium casitet in ipsum aedificium, non propterea est restringenda facultas servientis, quin possit facere quod licet, et quod illi placet in ipso aedificio; dummodo non impediat stillicidium, ita ut possit aedificare, vel aedificium suum extollere, et altius elevare, dummodo non impediat casitationem stillicidii.

Sed quidquid sit ad demonstrandum Caepolam non bene et recte resolvisse nostram quaestionem, et ut in arenam descendamus demonstrabimus posse dominum servientem etiam aedificare in eodem loco, ubi per rectitudinem casitat stillicidium, dummodo servetur indemnis dominans, idest dummodo stillicidium dominantis suum consequatur effectum, primo probatur ex dicto ʒ. *qui in area*, per illam dictionem, *usque*, quae regulariter (ut diximus) est inclusiva, secundo
8 ex regula quod tibi non nocet, et alteri prodest venit concedendum, probat text. *in l.* 2. ʒ. *item Varus in vers. quamquam ff. de aqua pluvia arcenda* in haec verba *Quamquam autem deficiat aquae pluviae arcendae actio directa, attamen opinor utilem actionem, vel interdictum mihi competere adversus vicinum: si velim aggerem restituere in agro ejus quod factum quidem mihi prodesse potest, ipsi autem nihil nociturum est. Hoc aequitas suggerit, etiam si jure deficiamur.* Hoc etiam probant interpretes *in l. si cui* 9. *ff. de servitutibus, et in primis castrensis in fine. et per text. in l.* 2. ʒ. *sed si ff. de religiosis. et sumptibus funerum* in haec verba. *Sed si non minus commode per alium locum servitute uti potest, non vuletur servitutis impediendae causa id fieri. et ideo religiosus fit. et sane habet hoc rationem.* et probatur *ex textu in l. si via* 26. *ff. de servitut. rustic. praedior.* in haec verba. *Si via, iter, actus, aquaeductus legetur simpliciter per fundum, facultas sit haeredi, per quam partem fundi velit constituere servitutem, si modo nulla captio legatario in servitute sit Bartol. in dicta l. si cui n.* 5. *et ibi etiam addentes in litera A. Jason. in l. si ex toto* ʒ. *si ita legatum n.* 26. *ff. de legatis* 1. *Asinius de executionibus* ʒ. 6. *cap.* 142. *ut in terminis etiam scripsit Fabrianus in suo codic. lib.* 3. *tit.* 24. *definit.* 5. in haec verba.

Observandum tamen est, per eum servientis fundi locum servitutem constitui debere, ubi minore detrimento constitui possit, quod ipsum ibi intelligi opportet, tametsi per longum tempus probetur dominus fundi dominantis solitus ire agere per villam, aut vineas fundi servientis, non licet. qua primum ille direxisset, ea demum ire agere debebet, nec amplius mutandae servitutis quantum libet incommode potestatem haberet, quia si imputat, quia eum servituti locum elegerit; favorabilior tamen videtur conditio dominis praedii servientis; cum non habeat dominus fundi dominantis, quod conquaeratur, si modo servitus ei praestetur qualis, quantoque debita est, hoc idem probavimus *lib* 2. *de aquaeductu cap.* 11. *quaest.* 3. ubi proposuimus quaestionem, an dominus praedii dominantis facto rivo ad aquam ducendam possit iterum variare, et in alium locum eumdem transferre rivum, ibi probavimus, dominum servientem posse variare servitutem semper servato indemni dominante, et quia dominus dominans. et dominus serviens sunt inter se correlativa, ea ratione dispositum in uno, et in altero censetur dispositum, et propterea diximus servata
9 semper inter utrumque indemnitate, tam ex parte servientis, quam dominantis, posse et ipsum dominantem variare servitutem, et idem confirmavimus *l.* 1. *de aquaeductu cap.* 3. *q.* 14. *n.* 12. *et tomo* 3. *de aquaeductu quaest.* 13. ubi etiam proposuimus illam quaestionem, an qui habet facultatem ducendi aquam ex flumine publico, vel privato ad suum molendinum possit alterare, vel mutare formam aquaeductus clusam, canalem, vel rivum, licet magis sit favorabilior conditio domini servientis, quam dominantis, ut supra demonstratum est, attamen, quando dominanti resultaret aliqua utilitas ratione mutationis rivi seu servitutis, quod dictum est de serviente, idem venit dicendum de dominante ad servandam aequalitatem inter ipsum dominantem, et servientem uti correlativa, cum ea limitatione semper, ut servetur indemnis serviens, sicut serviens in mutatione tenetur servare indemnem ipsum dominantem, ut copiose diximus, et probavimus *dicto lib.* 2. *de aquaeductu cap.* 11. *quaest.* 3. *et tomo.* 3. *dicto quaest.* 13 et ad ibi dicta me remitto.

Quare à paritate rationis, imo argumento a majori ad minus docet Topica juris in loco a majori ad minus, si id procedit in servitute aquaeductus, quae est majoris dispendii, quam sit mutatio servitutis stillicidii, nam in constructione rivi non mediocres requiruntur impensae, quas facere tenetur serviens, si mutare intendit aquaeductum ad conservandum indemnem dominantem. ad quas impensas non tenetur, quotiens dominans, et ipse voluerit mutare rivum, quin imo. et ipse tenetur ad ipsa damna. si quae intulerit servienti, et quatenus damna ab utraque parte occurrerent, tunc attendendum est majus damnum; si enim ex parte dominantis fuerit 10
majus et ex parte servientis minus, tunc praeferendus venit, qui majus damnum sentit, argumento deducto a paritate rationis *ex l.* 1. ʒ. *sunt. ff. ne quid in flumin. publico etc.* in haec verba.

Sunt autem qui putent excipiendum, hoc interdicto, quod ejus ripae muniendae causa non fiat, scilicet ut si quid fiat, quo aliter aqua fluat, si tamen ripae muniendae causa fiat: interdicto locus non sit. sed nec hoc quibusdam placet, neque enim ripae cum incommodo accolentium muniendae sunt, hoc tamen jure utimur, ut praetor ex causa aestimet, an hanc exceptionem dare debeat: plerumque enim utilitas suadet istam exceptionem dari. Sed et si nulla utilitas versatur ejus, quidquid in flumine publico fecit, pone enim grande damnum ei flumen dare solitum, praedia ejus depopulari. Si forte aggeres, aut quam aliam munitionem adhibuit. ut agrum suum tueretur, eaque res cursum fluminis ad aliquid immutaverit, cur ei non consulatur? plerosque scio prorsus flumina avertisse alveosque, mutasse dum praediis suis consulunt. Opportet enim in hujusmodi rebus utilitatem, et tutelam facientis expectari sine injuria utique accolarum.

Idem scribit Bart. in l. quo minus ff. de fluminibus sub n. 21. *vers. praeterea facientis opus est magna utilitas, ut vicinis non est damnum. Quandoque aqua inundat alia loca, quae non sunt ad usum publicum destinata: et hic consideranda facientis utilitas. et patientis damnum et incommoditatem. Nam si aedificantis magna est utilitas, vicinis est incommoditas modica, vel nulla, ut ecce quia aliquo particula alicujus saltus, vel loco salicti inundatur, tunc vicinum aedificantem non poterit impedire, ut infra tit.* 1. *l.* 1. ʒ. *sunt autem qui putant* (*jam supra extenso*) *ut* ʒ. *sequenti, et ibi sentit Glos. Aut vicinorum magnum est damnum, et tunc aedificantem poterunt impedire per interdictum positum infra tit.* 1 *quocumque modo damnum ex mutatione cursus aquae contingat. Ut infra de aqua quotidiana, et aestiva l. hoc jure* ʒ. 1. *facit ad hoc supra de aqua pluvia arcend. l.* 1. ʒ. *de eo. et* ʒ. *seq. in illis verbis. Sic enim debere quem meliorem agrum suam facere, ne vicini deteriorem faciat.*

Et quando ambae partes essent in paritate damni, tunc quando sumus in materia servitutum, praeferendum esse dominum servientem; quia favorabilior est ejus conditio. sicuti et promissoris, seu debitoris notat *Fabrian. in sua codice lib.* 3. *tit.* 24. *definit.* 5. *in versic. observandum tamen n.* 4. sive quia in pari causa melior est conditio possidentis, *l. pari causa* 170. *ff. de regul. jur.* et nos late scripsimus *lib.* 1. *de aquaeductu cap.* 3. *qu.* 14. ubi investigavimus illam quaestionem, ad quem spectet electio loci ubi constituenda 11
est servitus, an spectet electio ad creditorem, seu stipulatorem, vel debitorem, vel ad haeredem, aut legatarium, et ibi diximus, si concessio est indefinita, electionem spectare ad creditorem, vel legatarium, *ut ibi n.* 25. Verumtamen non est in facultate ipsius eligentis, postea eligendi servitutem in medio, exempli gratia, vinearum, sed ad minus damnum domini servientis, quando aeque bene dominans sine ejus detrimento alibi eam possit eligere juxta dispositionem. *l. si*

12 *cui* 9. *ff de servitut.* in haec verba. *Si cui simplici usu via per fundum cujuspiam concedatur, vel relinquatur, in infinito videlicet, per quamlibet ejus partem ire, agere lice-*
13 *bit; civili tamen modo. Nam quaedam in sermone tacite excipiuntur. Non enim per villam ipsam, nec per medias vineas ire, agere ipse sinendus est: cum id aeque commode per alteram partem facere possit, et minore servientis fundi detrimento.* Caeterum quando per aliam partem praetenderet dominus serviens, ubi magnae requirerentur impensae, tunc est in facultate ipsius eligentis, etiam per medias vineas transire, et ad ibi dicta me remitto, *ut d.* 25. 26. *et sequent.* Concluditur ergo dictum §. si servitus nobis non adversari, quem magni fecit Carpola. Nam secundum glossam venit intelligendus, quando serviens vellet privare dominantem servitute stillicidii. Nos non affirmamus servientem posse privare dominantem, sed solum mutare stillicidium in alium locum, prout etiam affirmavimus de dominante, posse et ipsum mutare servitutem, servata semper indemnitate ab utraque parte.

QUAESTIO XXXI.

An habens duo jura unum remittens, alterum quoque censeatur remisisse, seu habens duas servitutes, unam remittendo, an alteram quoque censeatur remisisse.

SUMMARIUM

1. Dominans remittens servitutem servienti altius non tollendi suum aedificium, ut illud tollere possit, an censetur quoque remisisse jus stillicidii.
2. Habens duas servitutes unam remittendo, an censeatur quoque alteram remisisse, cum distinctione resolvitur quaestio.
3. Testator relinquens tutorem servum suum, una cum aliis tutoribus nulla facta mentione libertatis, etiam si non esset aetatis annorum 25. nihilominus completa aetate erit tutor.
4. Haereditas repudiatione amittitur, dummodo adiri possit, secus e contra, veluti si haeres sub conditione fuerit institutus.
5. Dominans concedens facultatem servienti, aedificandi in loco ubi cadebat stillicidium, censetur remisisse servitutem stillicidii.
6. Dominans concedens facultatem servienti, ut posset altius tollere suum aedificium, illa concessio est intelligenda sine praejudicio stillicidii ejusdem dominantis.
7. Servitus nocturna prius concessa, et postea diurna mihi pariter concessa, illa amittitur per non usum, et diurna retinetur scilicet servitus aquaeductus quia sunt plures servitutes.
8. Dominans habens servitutem nocturnam aquaeductus, si aqua usus est de die per constitutum tempus, illam amittit, et idem est dicendum de eo, qui certis horis habebat servitutem ducendi aquam, aliis duxit, eam pariter amittit.
9. Habens duo jura, seu duas servitutes, unam remittens alteram retinet, ibidem.
10. Habens servitutem ususfructus, et servitutem itineris, vel actus, remittendo ususfructum non amittit servitutem eundi.
11. Habens servitutem aquae ducendae per suum fundum, et ne possis tu dominus serviens in eo aedificare, licet remittam tibi ut possis aedificare, non propterea poteris impedire usum servitutis aquaeductus.

Ex specie facti melius intelligetur sensus quaestionis. Anto-
1 nius concessit Cajo jus stillicidii, nec non etiam jus negativum, videlicet altius non tollendi suas aedes, vel suum aedificium. Cujus dominans remisit servitutem domino servienti, ut ad sui libitum posset altius tollere suum aedificium. Quaesitum fuit, an per istam remissionem servitutis negativae, ne altius tolleret suum aedificium censeatur etiam remisisse jus stillicidii.
2 Cum distinctione est respondendum, vel servitus altius non tollendi se habet consecutive ad servitutem stillicidii, videlicet, eam servitutem altius non tollendi fuisse concessam ad finem, et effectum, ut servitus stillicidii suum posset consequi intentum nempe, ut stillicidium cadere posset supra tectum domini servientis, quo in casu, si concederetur facultas altius tollendi aedificium, stillicidium non haberet suum effectum. Quia servitus altius non tollendi est concessa pro stillicidio, et quodammodo una servitus ab altera dependet, tunc remissa servitute altius non tollendi, censetur quoque remissa servitus stillicidii, ea ratione, quia unum dependet ab altero, quo in casu uno remisso, alterum quoque remissum censetur, probatur exemplo *l. quaero* 32. §. *Lucius Titius.* Ubi testator tres tutores dederat filiis suis in testamento, inter quos aderat quidam servus, qui non erat liber. Nec testator aliquam fecerat mentionem de servitute illius tutoris, quaerebatur, an dictus servus esset liber, vel concedenda esset illi libertas, quando fuisset in aetate legitima, et Paulus in dicto §. respondit pernecesse censeri relictam liberta-

tem servo, eo quod tutela sine libertate esse nequeat: haec sunt ejus verba. *Lucius Titius haeredes instituit suos filios* 3
pupillaris aetatis, eisque tutores his verbis dedit: filiis meis tutores sunto Cajus Mevius, et Lucius Eros: cui Erosi libertatem non dedit: fuit autem Eros intra 25. annum aetatis. Quaero an possit libertatem sibi vindicare? Paulus respondit: quoniam placet, eum, qui a domino tutor est datus, libertatem, quoque meruisse videri, eum quoque, de quo quaeritur, in eadem causa habendum: et liberum quidem ab adita haereditate esse: tutela autem post legitimam aetatem onerari.

Hoc idem probatur ex *l.* 15. *qui haeres* 13. *ff. de acqui-*
rendo, vel amittenda haereditate ubi repudiatione amittitur 4
haereditas, quae potest adiri, secus autem si non potest adiri in haec verba. *Is qui haeres institutus est, vel is cui legitima haereditas delata est, repudiatione haereditatem amittit, hoc ita verum est, sin in ea causa erat haereditas, ut adiri posset. Ceterum, haeres institutus sub conditione, si ante conditionem existentem repudiavit, nihil egit, qualis qualis fuit conditio, et si in arbitrium collata est.*

Caeterum quando nullam haberent connexionem inter se, sed essent ab invicem separatae, eo in casu remissa servitute ne altius tollatur, non censetur remissa servitus stillicidii, vel e contra, utrumque dictum probatur per *l. si stillicidii* 8. *ff. quemadmodum servitutes amittantur*, in haec verba.

Si stillicidii mittendi jus habeam in aream tuam, et per- 5
misero jus tibi in ea area aedificandi; stillicidii mittendi jus amitto: Et similiter si per tuum fundum via mihi debeatur, et permisero tibi in eo loco, per quem mihi via debetur, aliquid facere, amittet jus via. Haec lex probat etiam primum membrum distinctionis, nam diximus, dominantem concessisse facultatem servienti altius tollendi aedificium suum supra cujus tectum cadebat stillicidium dominantis, dum ergo altius extulerit suum aedificium in loco ubi cadebat stillicidium certe etiam stillicidium censetur remissum.

Et magis in terminis probatur nostra distinctio ex *l. si domus* 20. *ff. de servitutibus urbanorum praediorum* in haec verba.

Si domus tua aedificiis tuis utramque servitutem deberet, et ne altius tolleret, et ne stillicidium aedificiorum meorum reciperet, et tibi concessero, jus esse invito me, altius tollere aedificia tua: quod ad stillicidium meum attinet sic statui debebit: ut si altius sublatis aedificiis tuis stillicidia
mea cadere in ea non possint, ea ratione altius tibi aedifi- 6
care non liceat: Si non impediantur stillicidia mea: licet tibi altius tollere.

Similiter concordat textus in *l. si prius,* 17. *ff. de aqua*
pluv. arcend. in haec verba. *Si quis prius nocturnae aquae* 7
servitus, mihi concessa fuerit, deinde postea alia cessione diurnae quoque ductus aquae concessus mihi fuerit, et per constitutum tempus nocturna dumtaxat aqua usus fuerim, amitto servitutem aquae diurnae: quia hoc casu plures sunt servitutes diversarum causarum factae.

Probatur pariter ex *l. si communem* 10. §. *si is ff. quemadmodum servitutes amittantur*, ubi qui habebat servitutem nocturnam aquae illa de die usus est per tantum temporis ad illam amittendam, amittit servitutem, quia
una est tantum servitus, haec sunt verba. *Si is, qui aquam* 8
nocturnam habet, interdiu per constitutum ad amissionem tempus usus fuerit, amisit nocturnam servitutem, qua usus non est. Idem est in eo, qui certis horis aquaeductum habens, aliis usus fuit, nec ulla parte earum horarum usus est.

Concordat pariter textus in *l. si mihi* 20. *ff. de servitu-* 9
tibus rusticor. praed. Si mihi eodem tempore concesseris,
et ire agere per tuum locum, et uti frui eo jus esse, deinde 10
de ego tibi concessero jus mihi uti frui non esse; non ali-
ter eo loco uteris, frueris, quam ut ire, agere mihi recte li- 11
ceat. Item si et ducere per tuum fundum aquam jure potuero, et in eo tibi aedificare invito me jus non fuerit, si tibi concessero jus esse aedificare, nihilominus hanc servitutem mihi praestare debebis, ne aliter aedifices, quam ut ductus aquae meus maneat, totiusque ejus rei conditio talis esse debet, qualis esset, si una dumtaxat in initio concessio facta esset.

Licet ergo ille duae servitutes uno eodemque tempore tibi concessae fuerint ire, et agere per fundum meum, et eo uti frui, quia sunt servitutes, una est realis, uti ire agere, altera personalis, et ita una ab altera non dependet, quapropter si dominans remiserit servitutem ususfructus, non

propterea censetur remisisse servitutem talem, eundi, vel agendi, ita ut dominus fundi servientis non possit prohibere dominanti, quin illa servitute eundi, vel agendi uti possit ad sui placitum, quia per renunciationem servitutis ususfructus non est praejudicatum servituti itineris. Et exemplificat in casu magis dubitabili, si exempli gratia, ego, qui suam dominus fundi servientis concessi tibi, ne ego aedificare possim in fundo meo te invito, cui quoque concessi aquaeductus servitutem ut per eumdem fundum aquam ducere posses, licet mihi dominans remiserit illam servitutem, negativam, ne possem in fundo aedificare, ut possim aedificare, et si aedificavero, non potero dominanti impedire servitutem aquaeductus, nec serviens aedificando poterit impedire servitutem dominanti, sed ei censetur reservata, et durare. Quia une servitus ab altera non dependet, sed se habet tamquam si a principio una tantum concessa fuisset servitus, et ita ex regula, quod habens duo jura, quando unum ab altero non dependet, uno remisso, non censetur alteri renunciatum.

QUAESTIO XXXII.

An emens facultatem avertendi suas aquas pluviales per stillicidium in fundo alieno, habeat jus divertendi absque alia traditione.

SUMMARIUM

1. Emens facultatem avertendi suas aquas pluviales per stillicidium in fundo alieno, an possit illas avertere absque alia traditione vide num. 4.
2. Dominium non acquiritur, nisi mediante traditione.
3. Quasi possessio vacua est tradenda etiam in materia servitutum, et in quo consistat haec vacua traditio quomodo practicetur.
4. Dominans e titulo emptionis, et successive quasi possessionis acquirit actionem per servitutem acquisito conservanda accedente scientia, et patientia concedentis, seu servientis.
5. Usus servitutis in materia servitutum habetur pro traditione ipsiusmet quasi possessionis.
6. Traditio etiam in rebus corporalibus praesumitur, seu probatur facta, si emptor reperitur in earum possessione sciente, et patiente venditore, etiam si in instrumento non constet de traditione.
7. Emptor ingrediens propria auctoritate rei emptae possessionem consensu venditoris, nihil facit, quasi per vim ingressus sit.
8. Dominans se tueri potest actione contra dominum servientem, sed etiam contra quemcumque alium ipsum molestantem.
9. Scientia, et patientia venditoris operatur acquisitionem dominii in emptorem, etiam in rebus corporalibus.
10. Habens facultatem tigna immittendi in meum parietem, si nova vult immittere, prohiberi potest, ne immittat, et si immissa tollat.
11. Creditores virtute pacti propria auctoritate ingrediendi possessionem rei hypothecatae, licet vim non faciant, attamen male agunt, nec acquirunt possessionem.
12. Licentia judicis obtenta ad ingrediendam possessionem, quam propria auctoritate poterant creditores ingredi, non est de urbanitate, sed de necessitate.
13. Pactum conventum inter creditorem, et debitorem venit servandum etiam invito debitore, videlicet ingrediendi propria auctoritate.
14. Quod quis semel voluit, non potest illud impugnare.
15. Verbum debet, importat necessitatem
16. Pactum, quod quis propria auctoritate ingredi possit possessionem etc. est contra bonos mores loquendo de creditore.
17. Emptor possidens fundum quem propria auctoritate ingressus est vitiose possidet.
18. Clausula ingrediendi fundum propria auctoritate inducit hypothecam.
19. Mens magis attenditur, quam verba.
20. Utens servitute plus debito potest prohiberi actione negatoria.
21. Tigna, si corruant, et alia eodem loco reponuntur, videntur eadem.
22. Emptor concurrente scientia, et patientia venditoris ingrediens possessionem rei emptae juste possidet, secus eo ignorante.
23. Creditor virtute clausulae propria auctoritate ingrediendi, si ante liquidationem ingreditur injuncte possidet.
24. Traditio in materia servitutum est usus, scientia, et patientia domini servitutis.
25. Aquam ducens per fundum alicujus eo sciente, et patiente, concurrente decennio inter praesentes, et viceunio inter absentes acquirit servitutem aquaeductus.

1 Ex casus figuratione melius intelligetur titulus quaestionis, vicinus meus pretio scutorum viginti vendidit mihi facultatem imponendi stillicidium in ejus praedio urbano ad aquam meam pluvialem recipiendum, vicinus absque alia concessione, seu absque opera, et traditione domini fundi servientis imposuit servitutem stillicidii quaerebatur: an tali imponenti competeret aliqua actio, vel exceptio ad se tuendum in quasi possessione servitutis.

2 Difficultas erat, quia in acquirendo dominio requiritur traditio *l. traditionibus* 20. c. *de pactis* cum autem hic nulla adsit traditio, nisi factum ipsum dominantis videbatur, non competere actionem, seu exceptionem ad se tuendum in sua quasi possessione stillicidii, cum adhuc non fuerit tradita vacua possessio ad formam textus *in l. quoties* 20. *ff. de serv.*, 3
quae disponit promittentem servitutem teneri quoque cavere, per eum non fieri, quo minus eo jure uti possit, alias non traderet possessionem, seu traditionem vacuam non faceret, in haec verba. *Quoties via, aut aliquod jus fundi emeretur, cavendum esse putat Labeo; per te non fieri, quominus eo jure uti possim: quia nulla ejusmodi juris, vacua traditio esset.* Dum ergo in praesenti casu non constet de traditione vacua, videbatur dicendum, dominantem nullam habere actionem; vel exceptionem ad se tuendum, quibus tamen non obstantibus.

4 Nostra conclusio est dominantem titulo emptionis, et successive quasi possessionis acquisivisse actionem, et exceptionem pro servitute acquisita conservanda accedente scientia et patientia domini concedentis. habemus textum ad literam in *l. si a te.* 16. *ff. si serv. vend.* in haec verba.

Si a te emero, ut mihi liceat ex aedibus meis in aedes tuas stillicidium immittere, et postea, te sciente ex causa emptionis immissum habeam, quaero an ex hac causa actione quadam, vel exceptione tuendus sim? Respondi utroque auxilio me usurum.

5 Nam in materia servitutum usus habetur pro traditione ipsiusmet possessionis ut probat *d. l. quoties* 20. *ff. de servit.* in illis verbis. *Ego puto usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse: ideoque interdicta veluti possessoria constituta sunt.* Hinc cum in nostra thesi, licet non fuerit dominans missus in possessionem per dominum servientem, attamen dominanti sciente, et patiente, ipso serviente censetur facta traditio ipsius possessionis servitutis, maxime concurrente usu, seu constitutione ipsius servitutis, quae ut diximus inservit pro traditione, prout idem dicimus in rebus corporalibus, in quibus emptor absque traditione reperitur in possessione earum licet in instru- 6
mento non constet de traditione, nihilominus scientia, et patientia ipsius venditoris operatur ipsamet traditionem, ut extra dentes probat textus *in l. 1. c. de acquirenda possessione* in haec verba.

Minus instructus est, qui te sollicitum reddidit, quasi in vacuam possessionem ejus quod per procuratorem emisti, non sis inductus; cum ipse proponas te diu in possessione fuisse, omniaque ut dominum gessisse. Licet enim instrumento non sit comprehensum, quod tibi tradita sit possessio; ipsa tamen rei veritate id consecutus es, si sciente venditore, in possessione fuisti.

7 Hinc si procurator meus emerit tale stillicidium, et illud possedi per septem, vel decem annos (et hoc idem procedit in re corporali) si venditor postea tentet avocare possessionem quatenus quasi propria auctoritate ingressus sim quasi possessionem stillicidii, vel fundum emptum ad formam textus *in l. extat* 13. *ff. quod metus causa.* in illis verbis *Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris, vel pecuniam debitam, non ab ipso sibi sponte datam, sine ullo judice temere possidere, vel acquisivisse isque sibi jus, in eam rem dixisse, jus crediti non habebit.* ideo in hoc casu videtur non fuisse factam traditionem, sed potius per vim ingressum esse dominantem, quasi possessionem, et hoc praecipue demonstratur, cum in instrumento emptionis nulla fuerit facta mentio traditionis, attamen in rei veritate attenta dicta *l. minus*, dicitur factam fuisse traditionem, et illam quasi possessionem dominantem consecutum esse, etiam si in instrumento nulla facta fuerit mentio ipsius traditionis, prout contingit in casu nostro: nam sciente venditore, seu sciente domino possedisse post contractum, per tot annos, et re usum esse: idem est, et si tradita fuisset, et patientia pro consensu est, pro traditione.

8 Itaut dominans potest se tueri in illa servitute sive stillicidii sive alterius servitutis tam contra ipsum dominum servientem, quam contra quem liberalium molestantem ipsum dominantem, actione confessoria *l. de servitutibus* 2. *ff. si servit. vend. dicens de servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum, quae ad usumfructum pertinent, tam confessoria, quam negatoria, confessoria ei, qui servitutem sibi competere contendit, negatoria domino, qui negat.* Hoc autem maxime procedit in nostro casu quia et concurrit titulus servitutis, et usus seu quasi possessio sciente, et patiente domino serviente, quae stat loco traditionis prout etiam probat *Bart. in dicta l. si a te emero*, ut supra extensa. et quam plures *alii interpretes.* Et praecipue *Castrens. ibidem* in haec verba. *Si praecedat titulus a*

domino, statim quis incipit servitute uti, illo sciente, et pa-
tiente, acquisita sit sibi servitus. Sed si titulus non prae-
cesserat, non esset statim acquisita, sed constitueretur
in quasi possessione, et acquireretur lapso tempore legiti-
mo ad praescribendum, ut supra eodem l. si quis diuturna
ampliat suum dictum, comprobando ea, quae supra diximus
9 dicendo. Sicut ergò, si vendis mihi rem corporalem, et po-
stea te sciente, et patiente ingredior possessionem, acqui-
ro statim dominium, licet non intervenerit tua traditio,
quia pro traditione haec habetur l. quaedam infra de rei
vindicat. et ff. de acquirend. possession. l. 2. secus si te
ignorante, quia dicerer praedo, ut infra de acquirend. pos-
sess. l. ex stipulatione. Ita et si vendis mihi jus incorpo-
rale, ut servitutem, et postea nulla traditione per te facta,
incipio uti te sciente, et patiente, ut est casus hic. Haec
Castrens. idem probat Florian. de S. Petro in eadem l. si
a te emero.

10 Sed urgere videbatur textus in contrarium in l. si cum meus
14. ff. si servit. vindicet. in haec verba. Si cum meus pro-
prius paries esset, passus sim, te immittere tigna, quae
mihi habuerat, si nova velis immittere, prohiberi a me
potes: imo etiam agere tecum potero ut ea, quae nova
immiseris, tollas.

11 Secundo obstare videtur etiam lib. 3. c. de pignor. et hy-
pothec. ubi creditores virtute pacti ingrediendi propria au-
ctoritate possessionem rei hypothecatae licet nullam vim fa-
cere videantur, attamen male agunt, quia illa clausula dat
quidem facultatem ingrediendi, sed non dat facultatem ac-
quirendi possessionem sine judice, verba legis sunt, qua ac-
quantur creditores, quia reddita sibi pecunia conventionis
legem ingressi possessionem exercens vim quidem facere
non videntur, attamen auctoritate praesidis possessionem
adipisci debent. Si in hoc casu non bene agunt, nec acqui-
runt possessionem, nisi auctoritate praetoris, in quo adest
licentia debitoris, ut propria auctoritate creditores ingredi
possint possessionem, quanto magis in praesenti nostro casu
dominans, cui non est concessa talis facultas acquirere mi-
nime poterit quasi possessionem servitutis, et successive nec
actionem confessoriam; quinimo aiunt interpretes supra hanc
legem, judicis licentiam non esse de urbanitate, sed ex ne-
12 cessitate praecipue extra dentes loquitur Brunneman. cujus
non me piget huc ejus dicta transcribere, cum fundamentali-
ter loquatur proponendo prius casum in haec verba.

Creditor ita pactus est cum debitore suo, ut si debitor
justo tempore non solveret, creditori liceret propria aucto-
ritate ingredi possessionem, debitor non solvit, creditor
ex pacto privata auctoritate ingreditur possessionem. Quae-
ritur; an haec possessio sit justa, et in ea defendi debeat
creditor? Videtur quod sic, quia quod ab initio cum debito-
13 re conventum, id postea etiam; hoc invito a creditore fieri
potest §. 1. instit. quibus alien. licet. Et debitor non patitur
14 injuriam, quia semel haec voluit lib. 9. §. 1. ff. de aqua plu-
via arcenda. Sed respondetur, non esse legitimam posses-
sionem, quamvis enim ex l. Julia de privata vi non tenea-
tur creditor in hac specie, nemo tamen sibi jus dicere debet
et frivola est sententia communis h. l. de urbanitate expli-
cans, non juris necessitate, ut Menoch. remed. 1. recuper.
posses. n. 261. et Matth. Coler. de process. cap. 5. n. 83.
Sed nos de necessitate intelligimus cum Moline. de consuet.
Paris. tit. 2. gloss. 1. in verb. aresti. n. 181. cum Donello
hic, et Bacchov. in Treutl. vol. 1. disp. 11. l. 5. in fin.
15 Franc. Caldas ad hypum emp. c. 25. n. 41. Nam verbum,
debet, necessitatem importat, vide etiam l. 18. ff. de vi, et
16 vi armata. Et hoc quod pactum est, ut liceat privata auctorita-
te ingredi, est contra bonos mores: materiam suppeditat tu-
multibus, et res scandalis plena. Quemadmodum, et ille em-
17 ptor vitiose possidet, qui fundum emptum propria auctori-
tate ingreditur l. si ex stipulatione 5. l. fund. 33. ff. de ac-
18 quir. possess. Collige etiam ex hac lege: ex ista clausula
19 hic relata praesumi hypothecam constitutam, ubi magis mens
attenditur, quam verba. l. fin. ff. quae res pign. Bald. hic
Cremensis sing. 2. Coler. de process. execut. part. 3. c. 12.
n. 44. et 53. 67. Tuschus conclus. 118. n. 43. et 46. Negu-
sant. memb. pr. tertia partis n. 4. Cord. Mantiso de tac.
et amb. convent. lib. 11. tit. 4. n. 2. Kloch verb. cons. 40.
n. 102. Quibus tamen non obstantibus.

Respondetur in primis ad dictam legem si cum meus, no-
bis non efficere, loquimur enim de tigno injuncto, seu de ti-
gnis injunctis, quae quis antea habebat, ultra quae alia no-
va tigna volebat immittere contra numerum praefixum tigno-
rum, quo in casu poterat prohiberi, ne immittat, nam ut ex-
plicat gloss. in verbo antea, dicendo, antea, haec tigna
immittere, secus si dicas servitutem tigni immittendi con-
cedo non addendo numerum; et gloss. idem probat Castr. 20
in d. l. dum ait, qui utitur servitute, ultra quam sibi fue-
rit concessum, potest per negatoriam prohiberi. et ibi
agebatur de augendo numerum tignorum, veluti erant so-
lummodo tria, et voluit addere quartum, et sic ait Castrens.
loc. cit. Si non augea numerum sed eis loco veterum alia
substituere, videtur, quod possis quia reputantur eadem ar- 21
gumento text. in l. Titia §. filia infra de condit. et demon-
strat. et infra de donat. inter vir. et uxor. l. si donante
§. sponsus idem probat Bart. in eodem l.

Ad dictam legem creditores. Respondetur procedere, 22
quando emptor ingressus est possessionem ignorante vendi-
tore, ut diffuse dixit Castrens. in dicta l. si a te caeterum
sex. 2. in c. de acquir. et retinen. possess. est clara, et nul-
la indiget tergiversatione concurrente patientia, et scientia
ipsius venditoris, quibus non concurrentibus, certe diceretur
ingrediens, ut in terminis probat text. in l. Si ex stipula-
tione 5. ff. de acquir. vel amitt. possess. et est ad literam
in haec verba. Si ex stipulatione tibi stichum debeam, et
non tradam, cum tu autem nactus fueris possessionem,
praedo es. Aeque si vendidero rem tibi nec tradidero, et
sine voluntate mea nactus sit possessionem, non pro empto-
re possides. sed praedo es. Concordat text. in l. fundi venditor
33. ff. eod. tit. de acquir. possess. in haec verba: fundi venditor
etiamsi mandaverit alicui, ut emptorem in vacuam posses-
sionem induceret: prius quam id fiat, non recte emptor per se
in possessionem veniat, et Bart. in dicta l. si ex stipulatione
in principio habet haec verba, ex vero causa non acquiri-
tur nobis possessio justa sine possessoris voluntate. imo
etiam Bart. in dicto l. creditores de pignoribus, et hypo-
thecis sub n. 16. et ipse ait quod licet creditor habeat jus,
et facultatem ingrediendi propria auctoritate bona ipsius de-
bitoris ante liquidationem, attamen nisi sequatur judicis de- 23
claratio injustus erit ingressus, neque erit manutenibilis, cum
sit contra bonos mores, et a lege prohibitus, et ut ait ipse.

Licet dicta lex creditores, discrepet a nostro casu, enim-
vero in ea agitur de ingredienda possessione bonorum debi-
toris, in quibus requiritur liquidatio creditorum, quapropter
hujusmodi clausula non potest suffragari creditori, nisi con-
currat voluntas, vel consensus ipsius debitoris. At in nostro
casu, siculi etiam quando agitur inter venditorem, et empto-
rem circa rem venditam tradendam; traditio suppletur ex
scientia, et patientia ipsius venditoris ad formam dictae le-
gis 2. c. de acquir. vel retin. possess.

Quinimo hoc magis militare debet in materia servitutum, 24
in quibus propria non cadit traditio, sed earum substantia-
lia sunt patientia, scientia, seu usus servitutis, quae supplent
defectum traditionis, d. l. quoties 20. ff. de servitutibus in
illis verbis. Ego puto usum ejus juris pro traditione pos-
sessionis accipiendum esse, et idem probatur in l. si aquam
c. de servitutibus, et aqua, ubi si quis aquam duxerit per
fundum alicujus vicini sciente, et patiente, elapso dece- 25
nnio inter praesentes, et vicennio inter absentes, acquisita
est servitus aquae ducendae, et videnda sunt quae copiosis-
sime scripsit August. Barb. in sup. l. 2. c. de servitutib.
et aqua.

Quamobrem non obstant ea, quae in principio quaestio-
nis fuerunt opposita, videlicet requiri traditionem ad acqui-
rendum dominium, hoc siquidem verum est, non propterea
semper est necesse, ut adsit vera, et realis traditio, sed suffi-
cere, si concurrat consensus ipsius venditoris resultans ex
scientia, et patientia ejusdem venditoris ad formam textus in
d. l. 2. de acquir. et retin. possess.

QUAESTIO XXXIII.

Quid sit servitus stillicidii non avertendi.

SUMMARIUM.

1. Quid sit servitus stillicidii non avertendi.
2. Caepola affert definitionem stillicidii non avertendi, quam definitionem rejicit auctor tamquam contra sensum legis 1. ff. de servitut. urbanor. praedior.
3. Stillicidium non avertendi, est intelligendum totum contrarium a stillicidio avertendi, ut non possit averti in aream, vel tectum alienum.
4. Quod est ex mente legis, est lex.
5. Mens legis intrinseca, quae nam dicatur.

6. Negativa magis negat, quam affirmativa affirmet, itaut nullum casum excipiat.
7. Stillicidium per conventionem acquisitum, non potest dominans in vito serviente illud aliunde divertere.
8. Regula unumquodque dissolvitur, eo modo quo colligatum est.
9. Beneficium non confertur in invitum.
10. Sensus germanus illorum verborum, *stillicidium avertendi, vel non avertendi*, secundum Theophil. et Cujac.

1 Supra hoc eodem capite quarto, *quaest.* 3. attulimus definitionem stillicidii avertendi, nunc restat agendum de stillicidio non avertendo, et de eo pauca dicemus, valde laborant interpretes in investigando veritate hujus stillicidii in quo consistat ejus essentia, et substantia. Et in primis se of- 2 fert. *Caepol. de serv. urban. praedior. cap.* 29. dicens, quod ista servitus non avertendi intelligatur, quando dominans habet stillicidium, casitans in domum meam, ut illud ab eo non possit divertere, ut aliunde cadat, sed tenetur permittere, quod a domo mea, in qua cadit, semper et in perpetuum cadat, et ita ex parte domini stillicidii dicitur servitus passiva, ex parte vero domini praedii urbani, in quo casitat, dicitur activa. Immo contra hanc suam propositionem opponit dicendo tale stillicidium non posse induere naturam, nec servitutis passivae, nec activae. Non passivae. Quia, quod suum stillicidium cadat in domum meam, regulariter loquendo utile est domino stillicidii, et mihi, in cujus domum cadit, gravosum. Quin immo non videtur quod illa servitus sit mihi debita, cum mea non intersit, cum sit mihi damnosa.

Ad quod objectum respondet, illud esse intelligendum, quando mihi utile esset, veluti si aqua sui stillicidii cadens in meum praedium urbanum, impleret cisternam meam, ad eam manutenendam aqua plenam, provenientem ex suo tecto, ad quod affirmandum inductus fuit documento *Glos. in l.* 1. *in verbis, et officiendi, in fine versic. Item de stillicidio. ff. de servit. urb. praedior.* dicendo. Item de stillicidio non avertendo, potest poni exemplum in cisterna: cum ea suo tecto repleri debet, et modo via avertere, licet quidam dicant, quod improprie, idem dicunt, et in rusticis. *haec gl. affirmando idem Caepola, interpretes in eadem l.* 1. idem affirmare, veluti posset etiam poni exemplum, si haberem hortum magnum, cum domo conjunctum, vel prata aliena, cadat in domum meam causa eam ducendi, vel ad hortum, vel pratum meum irrigandi causa. Et ita infert, quod quis sit obligatus tenere stillicidium suum, ut cadat in domum meam, quia mihi expedit, vel propter cisternam, vel hortum, vel pratum; haec dicitur serritus stillicidii non avertendi.

Mihi videtur Caepolam cum suis sequacibus valde errare; nam eorum interpretatio repugnat omnino menti distinctionis allatae per Cajum J. C. *in l.* 2. *ff. de servit. urban. praedior.* quando dixit haec formalia verba. *Item stillicidium avertendi, ut tectum, vel aream vicini: aut non avertendi*, 3 primum membrum dicit avertendi in tectum, vel aream vicini. Secundum membrum, non avertendi, supplenda sunt verba dicta in primo membro, idest, non *avertendi in tectum*, vel aream vicini, *avertendi*, hoc est immittendi, et non *avertendi*. idest, non immittendi, et ita unum alteri contrarium, et hic est germanus, et sensus intrinsecus dictae legis primae, qui colligitur ex antecedentibus, et subsequentibus, et dicitur mens legis, et ad rem facit, quod scripsit. *Bart. in l.* 1. *sub n.* 2. *vers. Nam illud ff. uti possidc.* ubi ait, quod 4 est ex mente legis est lex per textum *in l. nominis* 6. §. *verbum ff. de verbo, signif.* in haec verba. *Verbum ex legibus, sic accipiendum est, tum ex legum sententia, quam ex verbis.* Licet ergo jurisconsultus in secundo membro distinctionis, non subjecerit verba stillicidii avertendi, attamen, ex antecedentibus colligitur quomodo sit accipiendum stillicidium non avertendi; hoc est membrum, debet differre a primo, ut illi contrariari ut non possit stillicidium suum avertere in praedium urbanum vicini, hic est enim sensus legis primae, prout etiam dicimus de animali, quod dividitur in rationale, et irrationale unum alteri opponitur, et ita debet dici de stillicidio non avertendi secundum legis dispositionem.

Quod autem casus, de quo agimus scilicet stillicidium dividatur in stillicidium avertendi in tectum, vel aream vicini, aut non avertendi, licet textus in secundo membro, ut diximus non repetat dicendo non avertendi in tectum, vel aream vicini, attamen quia iste casus comprehenditur ex 5 mente intrinseca, tunc semper dicitur esse comprehensus generali verborum significatione, ut docet *Gallina de verborum significatione lib.* 2. *cap.* 10. *n.* 16. *et n.* 17. habet haec verba. Etenim mens intrinseca, quae ex rationis expresse, vel ex generalitate verborum colligitur, aut ex antecedentibus, vel consequentibus necessariis. Cum autem dictum fuit per J. consultum *in d. l.* 1. stillicidium aliud est avertendi in tectum, vel aream vicini, vel non avertendi, negativa enim magis negat, quam affirmativa, affirmet ita ut 6 nullum casum excipiat, ut ait *August. Barb. copiose de axiomatibus juris* 158. *a.* 3. ideo non potest admitti illa interpretatio Caepolae, ut supra cum suis sequacibus, quia repugnat, et est contra mentem legis, ut saepe supra dictum est.

Praeter quam quod si bene ponderasset, quod dicunt illa verba, non avertendi verificari in stillicidio casitante in tecto, vel in area vicini scilicet, ne possit amplius dominus stillicidii, illud aliunde divertere, hoc non affirmasset. Nam nos supponimus stillicidium acquisitum per dominan- 7 tem a serviente, non esse amplius in facultate illud aliunde divertendi, prout diximus supra hoc eodem capite quarto 8 *quaest.* 28. et ad ibi dicta me remitto. Quia nihil tam naturale est, quam unum quodque dissolvi, quo colligatum est *ex l. nihil tam naturale* 36. *ff. de regulis juris*, non enim est in facultate domini stillicidii illud aliunde divertere, licet sit ad ipsius favorem, et sit in odium regulariter loquendo domini servientis, et quando dominans diverteret stillicidium aliunde, faceret beneficium servienti, attamen quotics serviens non vult recedere a contractu, velit, nolit, tenetur dominans servare contractum, ea ratione quia beneficium non confertur in invitum, ut diximus *dicta quaest.* 9 28. n. 1. Et ita frustratoria est illa interpretatio de stillicidio non avertendo, scilicet stillicidium casitans in praedio urbano vicini non posse aliunde diverti, nam absque hoc pacto, vel conventione dominans, ut diximus non potest aliunde divertere stillicidium invito serviente, et ita tacite continetur in servitute stillicidii avertendi, ne possit illud aliunde divertere invito serviente. Ideo quidquid balbutiat Caepola cum suis sequacibus totum est contra mentem *legis primae ff. de serv. urbanorum praedior.*

Quod vero stillicidium non avertendi sit intelligendum contrarium stillicidio avertendi, et differunt inter se, prout supra diximus, et prout nos intelligimus. in primis hoc probat *Theophilus in instit. de servitutibus tit.* 3. *versic. rogavi te* in haec verba. *Rogavi te, ut mihi liceret trabes meas in parietem tuum immittere, aut stillicidia mea, vel canales aquarum in tegulis meis collectarum, in aedes tuas, vel aream projicere* (notentur modo verba sequentia,) *aut tu* 10 *jus hujusmodi habebas in aedes meas. et rogavi te, ne stillicidia tua, aut canales in domum, vel aream meam projiceres.*

Idem comprobat *Cujacius ad l.* 2. *et* 3. *tit.* 2. *ff.* de ser. *urb. praed. lit. B et C. vers. tertia servitus*, est stillicidii avertendi, hoc est, ut liceat aquarum stillicidia avertere, aut deducere in vicini tectum, aut impluvium, idest aream, et postquam explicavit hanc tertiam speciem stillicidii, procedit ad quartam speciem stillicidii in haec verba.

Quarta servitus haec est, stillicidii non recipiendi, aut avertendi. Avertere, dicitur is, ex cujus fundo aqua fluit in fundum vicini. De hoc etiam est magna quaestio inter doctores: haec enim etiam est illis libertas non servitus. Utendum est eadem distinctione: aut suo jure non recipit stillicidia, aut servitutis jure. Suo jure non recipit, qui vicino non cessit jus stillicidii immittendi. Jure autem servitutis stillicidia non recipit is, qui vicino cessit jus stillicidij immittendi, et deinde illum rogavit, ne stillicidia immitteret. Ex postrema rogatione ei jus adquiritur, ne stillicidia recipere cogatur: et probat dictum Theophili ut supra.

Pariter idem comprobat *Corasius in rubrica ff. de servitutibus* in verbis stillicidii non avertendi, n. 57. cujus haec sunt verba. *Interpretantur doctores, ita hanc servitutem, ut sit jus. quo stillicidium supra locum vicini cadens, in proprium quis avertere prohibetur. Et quoniam exploratum habent, servitutem constitui non posse, nisi intersit l. quoties hoc titulo, ut autem stillicidium in domum meam cadens, non avertatur, nequaquam mea interest, imo maxime est damnosum.*

Considerant casum, quo expedit mihi stillicidium tuum non averti, sed in domum meam potius cadere propter cisternam, puta, quam aqua ex tectu tuo fluente commodissime implebitur. Acur. in l. 1. *ff.* de serv. *urban. aut propter prata, et viridaria, quae juxta domum tuam habeo ea etenim irrigari mihi expedit.*

Ego vero quoniam hi casus perraro contingunt, nec responsis jurisconsultorum conveniunt, alio modo hanc servitutem declarandam censeo, idque Theophilo nobis applaudente, ut sit jus, quo vicino prohibet vicinus, ne in suum stillicidium avertat.

Hoc autem, ne credas libertatis jure competere, ita explicandum est, ut primum habeas servitutem avertendi in aream meam, stillicidium, deinde concesseris mihi, jus deinceps non esse tibi avertere, habere tunc dicor servitutem stillicidii non avertendi, quod jus non habeo ex libertate naturali, utpote, ea per primam. et contrariam servitutem stillicidii avertendi funditus extincta, sed ex servitute imposita.

QUAESTIO XXXIV.

An appellatione stillicidii veniat tectum sive plumbeum, sive alio modo coopertum.

SUMMARIUM.

1. Stillicidii appellatione an veniat tectum, sive plumbum, sive alio modo coopertum.
2. Grebarii appellatione, quae veniant.

1 Sive ergo domus tegatur tegolis, sive lastris sive plumbo, sive ex alia materia apta tegere domum, hoc unum, ut veniunt appellatione stillicidii per *text. in l. fin. §. Lucius ff. de servitutibus urbanorum praediorum*, et ut notat *Caepola de servitutibus urbanorum praediorum cap. 41. de stillicidio, seu tecto, in principio, et n. 1. per text. in l. malum 242. §. plumbum ff. de verborum significatione* in haec verba: *plumbum autem, quod pro tegulis poneretur aedificii esse nit labeo, sed id, quod hypethrii tegendi causa poneretur, contra esse*, hoc est quod vult dicere J. C. plumbum, quo tegitur domus, ea vendita includitur in venditione, secus autem, si ageretur de hypethrio, scilicet, vel velo, quo tempore aestivo utitur dominus domus ad tegendum dictum hypethrium, qui se habet tamquam area supra domum, et hoc ad effectum ne sol dissipet pavimentum hypethrii, et hoc etiam fit tempore hyemali respectu frigoris, quia haec sunt amovibilis non includuntur in venditione domus, concordat pariter *gloss. in dicto §. plumbum in verbis pro tegulis*, in haec verba: *pro tegulis idest in conjunctione tegularum, vel dic quod pro tegulis sive loco tegularum cooperiatur domus: ut sunt ecclesiae venetianae, et etiam aliae domus, et da exemplum, ut in vendita domo hoc sequatur, at supra de actionibus empti l. fundi §. quae tabulae, quod tamen subjicit hypethrii, quid sit, nescio.* Et ad demonstrande in hac materia quaenam sint fundi ut includantur in venditione, videndus est *tex. in l. fundi 18. §. quae pictae tabulae ff. de actionibus empti, et venditi*, in haec verba: *quae pictae tabulae pro tectorio includantur, item quae crustae*
2 *marmoreae aedium sunt, reticuli circa columnas plutei circa parietes, item ulicea vela, aedium non sunt. Et l. Granaria eodem tit. 19. Granaria, quae ex tabulis fieri solent, ita aedium sunt si et stipites eorum in terram defossi sunt, quod si supra terram sunt rutis et caesis cedunt. Tegulae, quae nondum aedificiis impositae sunt quamvis tegendi gratia allatae sunt in rutis, et caesis habentur. Aliud juris est in his, quae detractae sunt, ut reponerentur, aedibus enim accedunt.*

QUAESTIO XXXV.

An quilibet possit extendere suum stillicidium ultra parietem suum ad libitum suae voluntatis.

SUMMARIUM

1. Stillicidium, an quis illud extendere possit ultra suum parietem ad sui libitum, cum distinctione resolvitur quaestio.
2. Quilibet potest suum stillicidium, quatenus ejus rigor se extendit, in suum avertere etiam si immediate sequatur solum publicum.
3. Quilibet in suo facere potest, quod ei lubet, intermisso tamen debito spatio a loco publico.
4. Stillicidia quae sunt supra domum, de jure demonstrant, quantum extendatur proprietas loci inferioris.
5. Stillicidium suum extendens immediate in locum publicum scilicet nullo dimisso spatio a suo pariete ad locum publicum prohiberi potest, nisi lege vel rescripto principis id ei concedatur.
6. Concessio principis aliquid in publico faciendi, semper intelligitur sine injuria, vel damno tertii, nisi aliud in contrarium fuerit dictum.
7. Aqua publica, scilicet alicujus fluminis publici duci ab eo potest sine auctoritate principis, quoties illa aqua non est in usu publico.
8. Nemo in hoc dominio mediolanensi aedificare potest, in loco publico, sine licentia principis ex nov. constit. mediolan. nec aquam ducere, ut dictum est supra n. 7. pariter ex eisdem nov. constit.
9. Possessor immemorabilis in aqua publica ducenda ex flumine publico, sed non navigabili non obstantibus constitutionibus venit manutenendus.
10. Domini domorum in civitatibus sive sint directi, sive emphyteutae, vigore novar. constitut. mediolan. tenentur ad refectionem viarum juxta formam hic explicatam.
11. Nemo in alieno aliquid immittere potest.
12. Praedium urbanum liberum esse debet usque ad coelum.
13. Stillicidium protendere volens in locum publicum, tenetur servarius in municipale et operari juxta jam usitatum, et si jus municipale formam non praescripserit, tunc standum est juri communi.
14. Consuetudo si in aedificando adesset contraria juri communi illa venit observanda.
15. Magistratus civitatis potest concedere facultatem aedificandi in publico, quae concessio venit et ipsa regolanda juxta jus commune, ut hic explicatur.

Respondendum est, vel dominus stillicidii illud extendit 1
prout durat ejus solum. Vel vult illud protendere in solum publicum, vel privatum. Vel juxta jus municipale. Vel secundum consuetudinem regionis.

Quoad primum quatenus illud intendit extendere supra suum solum tantum, sive sit unius pedis juxta mediolanense statutum 334. sive duorum pedum juxta jus commune, sive trium pedum, dummodo proprietas sit aedificantis, et tunc dicendum est posse suum stillicidium quantum durat solum ipsius, extendere, textus ad literam *in l. final. §. Lucius ff. de servitut. urbanor. praedior.* haec sunt ejus verba.

Lucius Titius aperto pariete domus suae, quatenus stil- 2
licidii rigor, et tignorum projectus competebat, januam in publico aperuit, quaero, cum neque luminibus Publii Maevii, vicini, neque itineri officeret, neque stillicidium in vicini domum caderet, an aliquam actionem Publius, Maevius, vicinus ad prohibendum haberet? Respondi secundum ea, quae proponerentur, nullam habere. Diximus ergo, sive dimittatur spatium unius juxta statutum seu jus municipale, vel duorum pedum secundum jus commune, vel secundum 3
jus consuetudinarium, hoc unum est semper aedificat in suo solo, etiam si adsit locus publicus immediate sequens confinem ejus soli, et quilibet in suo solo facere potest ea omnia, quae sibi prosunt, et nemini nocet, probat, et nostro casui quadrat textus *in l. imperatores 13. ff. de servitut. urban. praedior.* in haec verba, *Imperatores Verus, et Antoninus Augusti rescripserant, in eo areo quae nulli servitutem debet, posse dominum, vel aliam voluntate aedificare, intermisso legitimo spatio a vicina insula*, et ad comprobationem nostrae thesis *Florian. de S. Petro in dicto §. hujus notat ex mente Bald.* in haec verba. *Noto ergo secundum Bald. quod est licitum (non obstante prohibitione vicini) facere in suo solo praedicta, dummodo non extendatur ultra stil-*
licidia. Et sic facit, et probat iste textus, quod stillicidia 4
quae sunt supra domum de jure demonstrant. quantum extendatur proprietas inferioris loci secundum Bald.

Accedamus ad secundum membrum, vel extendere inten- 5
dit stillicidium in locum publicum, et tunc, vel nullum spatium dimittit a solo publico, sed immediate protendit stillicidium in locum publicum, eo in casu non potest nisi lege, vel senatusconsulto, vel principis rescripto interveniente ad formam textus *in l. 2. ff. ne quid in loco public. vel itiner. fiat.* in haec verba. *Praetor ait ne quid in loco publico facias, ut in eum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur, praeter quamquod lege, senatusconsulto, aedicto, decret ove principum tibi concessum est. se eo quod factum erit interdictum dabo*, et in §. *merito ait praetor*, in eadem *l.* in haec verba.

Merito ait praetor: qua ex re quid illi damni detur. Nam 6
quotiescumque aliquid in publico fieri permittitur, ita oportet permitti, ut sine injuria cujusquam fiat. et ita solet princeps, quoties aliquid novi operis instituendum petitur, permittere. Damnum autem pati videtur, qui commodum amittit, quod ex publico consequebatur, quale quale sit, proinde si cui prospectus, vel aditus fit deterior, vel angustior, interdicto opus est. Hinc licet quis habeat facultatem aedificandi in publico a principe, ejus tamen concessio habet in se tacite illam clausulam, dummodo non sit in damnum alicujus, ita *probat §. merito ait praetor*, ut *supra mox extensas.*

Licet aliquando, etiam in publico de jure communi sine 7
principis auctoritate aliquid moliri possit, veluti si agatur de aqua alicujus fluminis publici, cujus aqua non est in usu publico, secus si sit ad usum publicum ad formam textus *in*

l. quominus 2. *ff. de flumin.* ibi. *Quominus publico ex flumine ducatur aqua, nihil impedit Nisi imperator, aut senatus vetet: si modo ea aqua in usu publico non erit. Sed si aut navigabile est, aut ex ea aliud navigabile fit non permittitur id facere.*

Veruntamen in hac nostra provincia, sive agatur de aedi-
8 ficando, sive de aqua ducenda sine principis auctoritate id fieri nequit. Primum probant. *Novae constitut. mediolanens. in titulo de aedificiis privatis*, in versic. *Cautum est, ne quis imposterum possit in ulla civitate hujus dominii vivo, et suburbiis ejusdem aedificia, quae se protendant extro muros domorum in vias publicas facere, nec erigere. Quod si contra factum fuerit, aedificium per prius destruatur, et aedificans per poenam aureorum vigintiquinque plectatur communitatibus civitatum applicanda.*

Quo vero ad aquas estat prohibitio de aquis, et fluminibus, in haec verba. *Omnibus interdictum est, ne directe, vel*
9 *per indirectum utantur aquis fossarum manufactarum, navigabilium (vulgo navilia apellant) nec etiam fluminum regalium sive navigabilium, sive innavigabilium, vel aliis aquis ad usum principis, vel aliis publicum destinatis, ubilibet existentibus, et tam in locis mediate, quam immediate principi subjectis, nisi titulum habeant, et ostendant per literas principis continentes locum aquae ducendae, ipsiusque quantitatem, et ad quem usum, nullo praescriptione admissa, nisi ea, quae sit tanti temporis, cujus initii, in contrarium memoria non existat.*

Quo vero ad stillicidia domorum civitatis casitantia in viam publicam loquendo de jure commu. quando non adest jus municipalo, ex *l. fin. ff. fin. regund.* habent suum spatium duorum pedum pro subgrundia, ut evidentia facti demonstrat fere in omnibus civitatibus adesse stillicidia cadentia in vias publicas, sive etiam in plateis, nam tempore aedificationis domorum praesumitur fuisse dimissum spatium intermedium, inter locum publicum, et parietem aedificii juxta legis dispositionem ut supra; immo in hoc nostro dominio mediolanensi extant novae constitutiones de viis publicis muniendis etc. ex quibus cavetur habentes domos, vel a fronte viae, vel etiam a latere teneri reficere vias refectione indigentes, quod aliunde procedere non potest, nisi ratione stillicidiorum casitantium in viam publicam. Quod vero teneantur vias reficere vigore constitutionum probant haec ver-
10 ba. *Ideo sancitum est, omnes cujuscumque gradus, et conditionis sint, qui vel de jure, aut consuetudine tenentur, cogi debere pro rata portione ad reparationem viarum, et refectionem, et manutentionem pontium, omni privilegio, immunitate, et exemptione cessantibus*; et quod loquatur etiam de aedibus civitatis probant haec verba. *Quia oriebatur controversio inter dominos directi domorum civitatis hujus dominii, et emphiteutas, quisnam eorum ad impensas aptationis viae a fronte domorum existentis teneretur, ad eam tollendam hoec constitutio pertinet ut cum id fieri contingat. Dominus directi pro tertia parte, et pro aliis duabus partibus emphiteuta impensam solvant.*

Quoad tertium membrum vel aedificans praetendit suum
11 stillicidium protendere in fundum privatum; et tunc conclusio est negativa probat textus in *l. olympico* 40. ₰ *Lucius ff. de servit. urban praedior.* in illis verbis, *neque stillicidium in vicini domum caderet*, nisi habeat servitutem in praedio vicini, *l. cum eo*, 8. *ubi Bart. ff. de servitut. urbanor. et praedior.* et textus expressus in *lib.* 1. ₰. *Idem ajunt aquam, ff. de aqua pluv. arcend.* in illis verbis, *dum opus in alieno non fiat*, et hoc sine difficultate transit, ratio autem est in promptu, quia fundum, vel praedium urbanum debet esse
12 liberum usque ad coelum, et ita coelum quod est supra solum debet esse liberum, *l. si intercedat.* 21. *ff. de servit.* in illis verbis: *quia coelum, quod supra id solum intercedit, liberum esse debet, et l. si opus*, 20. ₰. *in opere novo, et l. si vitem*, 21. ₰. *si quis projectum, ff. quod vi, aut clam*, in illis verbis. *Sed omne etiam supra id coelum.*

13 Quoad quartum membrum, vel vult protendere stillicidium juxta jus municipale supra solum publicum, et tunc forma praescripta ab eodem jure venit servanda sive etiam, prout usitatum est, juxta textum *in lib.* 1. *c. de aedif. privat.* in illis verbis: *observata tamen forma, quae caeteris super balneum aedificare permittitur*: et Paulo inferius, *nec modum usitatum altitudinis excedas col.* 1. *c. de servitut. et aqua*, in illis verbis. *qui aedificium contra veterem formam extruxit.*

Et quando ex jure municipali, non fuisset inducta aliqua forma tunc standum est juri communi ut quis aedificet, vel cum licentia Principis, servato tamen semper indemni vicino, hoc est nihil faciat cum injuria, vel alterius damno *lib.* 2. *et in* ₰. *merito ait praetor ff. ne quid in loco public. vel via fiat* in illis verbis. *Nam quotiescumque aliquid in publico fieri permittitur, ita opportet permitti, ut sine injuria cujusquam fiat, et ita solet Princeps, quoties aliquid novi operis instituendum petitur, permittere damnum autem pati videtur, qui commodum amittit, quod ex publico consequebatur, quale quale sit.*

Si autem adesset consuetudo in contrarium, tunc illa 14
semper erit attendenda *l.* 1. *c. quae sit longa consuetud.* in haec verba. *Praeses provinciae probatis iis, quae in oppido frequenter in eodem controversiarum genere servata sunt causa cognita statuet. Nam et consuetudo praecedens, et ratio, quae consuetudinem suasit, custodienda est*, et in materia aedificiorum extra dentes probat textus *in l. an in totum 3. c. de aedifi. privat.* haec sunt verba. *An in totum ex ruina domus licuerit non tandem faciem in civitate restituere sed in hortum convertere et an hoc consensu tunc magistratuum, non prohibentium, item vicinorum factum sit: praeses, probatis iis quae in oppido frequenter in eodem genere controversiarum servata sunt, causa cognita*
statuit. Et quod ibi notat etiam Salicet, ex hoc etiam statu 15
colligitur magistratum civitatis concedere posse facultatem aedificandi in publico loco, vel etiam protrahendi stillicidium, et quatenus id a magistratu civitatis concederetur, nihilominus illa concessio venit regulanda secundum jus commune, videlicet ne fiat cum injuria, vel damno vicini quia non est major ratio de concessione magistratus, quam de concessione Principis, sed in concessione Principis semper inest clausula illa *sine injuria, vel damno vicini* ad formam dictae *legis secundae dicto* ₰. *merito ait praetor* supra extensus.

QUAESTIO XXXVI.

ET ULTIMA

An quis possit facere stillicidium suum casitare in stillicidium vicini.

SUMMARIUM.

Quis an possit casitare facere suum stillicidium in stillicidium vicini, et responsio est negativa.

Exemplum esse potest, vicinus meus habet aedificium, et hoc depressum una cum stillicidio casitante in loco publico, alter vicinus, ab altero latere habet aedificium depressum isto vult elevare proprium aedificium, et altius extollere, et consequenter suum proprium stillicidium vellet facere casitare in stillicidium alterius vicini, quod est magis depressum; quaeritur an possit.

Responsio est negativa, potest quidem altius elevare suum aedificium usque ad caelum juxta text. *in l. altius* 8. *de servitutibus, et aqua*, dummodo dictum aedificium non debeat alicui servitutem, ne altius tollatur, ita textus in *l. cit.* in haec verba. *Altius quidem aedificia tollere, si domus servitutem non debeat. dominus ejus minime prohibetur.* Sed dirigere suum stillicidium, ut casitet in stillicidium vicini, hoc minime potest facere: quia nemo potest in alieno aliquid moliri, nisi doceat de servitute *dict. l. primae* ₰. *idem ajunt aquam pluviam ff. de aqua pluvia arcenda, et l. loci corpus* 4. ₰ *competit. et l. sicuti* ₰. *Aristo ubi glos. ff. si servitus vindicetur.* Cum ergo stillicidium vicini non sit subjectum praetendenti facere casitare proprium stillicidium in illud vicini, non potest eo invito illud trasmittere nisi eo sciente, et patiente argumento textus in *l. Labeo ait* 19. *ff. de aqua pluvia arcenda ut in l. per fundum* 11. *ff. de servitutibus rusticor. praedior. et in l. in re communi* 25. *ff. de servitut. urbanor. praedior.*

Et ita ad laudem, et gloriam Omnipotentis Dei, beatissimaeque Virginis Mariae Immaculatae Conceptae, ac S. Teresiae, terminavimus hoc primum volumen, aetatis meae anno septuogesimo primo.

FINIS PRIMI TOMI.

INDEX MATERIARUM

ET RERUM NOTABILIUM

Quae in hoc primo Tomo de Servitutibus continentur.

FINIS PRIMI TOMI.